SISTEMA

DEL

DIRITTO CIVILE ROMANO

SISTEMA

DEL

DIRITTO CIVILE ROMANO

per l'avvocato

NICOLA DE CRESCENZIO

Professore pareggiato nella Università di Napoli

SECONDA EDIZIONE RIVEDUTA ED AMPLIATA

NAPOLI
Presso NICOLA JOVENE libraio-editore
Trinità Maggiore, 39.

1869

LIBRO IV.

Diritti di successione.

CAPITOLO I.

DELLA SUCCESSIONE IN GENERALE.

Donelli, commentarii iuris civilis, lib. VI-VIII. lib. IX. c. 1-4; — *Vasquius*, de successionibus et ult. volunt. Francof. 1677; — *Madihn*, principia iuris Rom. de success. s. iure hereditario edit. 2.ª, Francof. 1792; — *Lobethan*, teoria delle successioni, Halle 1779; — *Gans*, diritto di successione, Berlino 1824-25. 3. 4. vol. Stutgarda e Tubinga 1829-35; — *de Hartitzsch*, la successione per diritto romano ed odierno secondo *Haubold*, Lipsia 1827; — *Hunger*, il diritto di successione de' Romani, Erlangen, 1834; — *Mayer*, la teoria del diritto di successione secondo il diritto romano odierno, Berl. 1840; — *Lasalle*, Sistema dei diritti acquisiti, vol. 2., Essenza del diritto di successione romano e germanico nel suo svolgimento istorico-filosofico 1861; — *Vering*, diritto di successione de' romani nel suo svolgimento istorico e dommatico 1862.

§. 214.

I. Concetto e specie della successione.

Il complesso delle relazioni giuridiche che s'appuntano nella persona e sono da questa rappresentate, non cessa con la morte dell'uomo individuo: laonde come conseguenza della perennità del diritto la persona sopravvive all'uomo, e si trasmette a un successore. Il quale non fa sue le cose del morto come esistenze singolari, ma entra nell' universale patrimonio di quello, ne raccoglie tale quale lo stato giuridico, e confonde nella propria, perpetuandola, la persona che il defunto rappresentò. In ciò consiste la eredità propriamente detta, che può definirsi il diritto di rappresentare la persona di un defunto, ed entrare però nella universalità delle sue relazioni (a).

La successione che si effettua per mezzo della eredità è adunque una successione universale immediata; essa suppone la morte di un indivi-

(a) L. 62. de R. I. (50. 17.). *Iulian.* Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius, quod defunctus habuerit. — L. 22. de usurp. (41. 3.).

duo (b) che sia capace di avere proprietà, quantunque nel fatto non abbia un patrimonio che realmente possa vantaggiare l'erede: l'insolvente in effetto ha pur egli una successione (c).

2) Allato alla successione propriamente detta vi è la successione per legato, la quale ha dalla prima la grande differenza, che l'erede rappresenta tutta la persona del defunto, ed il legatario non si congiunge a quest'ultimo, ma dipende esclusivamente dall'erede. Per la qual cosa il legato non costituisce il sistema della vera successione, ma lo suppone, e può chiamarsi successione mediata particolare.

3) In mezzo a questi due punti estremi si colloca una terza specie di successione che partecipa insieme dei caratteri delle due precedenti, questa è la *mortis causa donatio*. La donazione per causa di morte partecipa della eredità, poichè il donatario si congiunge al defunto, mentre dall'altra parte è una successione nelle singole cose come quella per legato; onde si potrebbe definire una successione immediata particolare.

4) Un'ultima specie di successione nacque dal SC. Trebelliano anche di un carattere medio, ma il rovescio di quello della *mortis causa donatio*, e fu la successione universale fidecommissaria, per mezzo della quale l'erede fidecommissario rappresenta la persona del defunto non immediatamente come nella eredità propriamente detta, ma mediante un'altra persona. Per la qual cosa questa specie di successione potrebbe essere detta successione mediata universale.

Da tutto ciò deriva che la sola eredità è il fondamento della successione.

§. 215.

II. Della eredità giacente.

Savigny, Sist. II. §. 102; — *Jhering*, teoria della eredità giacente v. dissertazioni di diritto romano num. 3.

Dallo stesso punto della morte la persona del defunto investe giuridicamente l'erede; ma poichè spesso dalla morte all'effettivo succedere dell'erede passa un tempo più o meno lungo, nel frattempo la persona del defunto rimane ne'beni stessi, da essere questi riguardati come una vera

(b) L. 1. de hered. vel act. vend. (18. 4.). — L. 27. de acqu. hered. (29. 2.). *Pompon*. Neminem pro herede gerere posse vivo eo, cuius in bonis gerendum sit.

(c) L. 3. pr. §. 1. de bon. poss. (37. 1.). *Ulp*. Bona autem hic, et plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt; universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum; nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco bona appellabuntur. — L. 119. L. 208. de V. S. (50. 16.).

persona giuridica (a) rappresentante il defunto (b). In questo modo la *hereditas* stessa vale come proprietaria delle cose ereditarie, e ne preserva le relazioni giuridiche (c). Per questa personificazione si possono acquistare novelle cose e novelli diritti (d), possono nascere obblighi novelli (e); quantunque non le si può attribuire una estesa idoneità giuridica conforme alle altre persone morali. Dal momento però che l'erede entra nella eredità, sparisce la persona fittizia, e la confusione tra il patrimonio dell'erede e quello del defunto si ricongiunge al tempo della morte senza farsi più caso dell'eredità giacente (f).

È superfluo ricordare, che durante la eredità giacente un curatore è nominato a rappresentarla.

ANNOTAZIONE

Qualche dubbio sebbene di poca importanza, nasce dal confrontare diversi passi, i quali delineano il carattere e la natura della eredità giacente. E di vero la legge 34. *de acq. rer. dom. not.* (b) a chiare parole stabilisce la persona giuridica della eredità giacente rappresentare il defunto: *hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet.*

(a) L. 22. do fidei. et mandat. (46. 1.). *Florentin.* Mortno reo promittendi et ante aditam heroditatem fideinssor accipi potest, qnia hereditas personao vice fungitur, sicnti mnnicipinm et decuria et societas.

(b) §. 2. Inst. do her. inst. (2. 14.). — L. 31. §. 1. de hered. inst. (28. 5.). — L. 34. de acquir. rer. dom. (41. 1.). *Ulp.* Hereditas enim non heredis personam, sed defuncti sustinet, nt mnltis argnmentis iuris civilis comhrohatum est. — conf. L. 24. de nov. (46. 2.).

(c) L. 31. §. 1. de her. inst. (28. 5.). — L. 61. de acqnir. rer. dom. (41. 1.). *Hermogen.* Hereditas in mnltis partihus inris pro domino hahetur, ideoquo hereditati qnoque ut domino per servum hereditarium acquiritnr. In his sane, in qnihns factum personae operaeve suhstantia desideratur, nihil hereditati quaeri per servnm potest; ac propterea, qnamvis servus hereditarius heres institni possit, tamen, quia adire inbentis domini persona desideratnr, heres exapectandus est. §. 1. Usnsfructns, qui sine persona constitni non potest, hereditati per servum non acquiritur. — L. 1. §. 1. si is test. (47. 4.). — L. 15. pr. do interrog. (11. 1.).

(d) L. 20. §. 3. de her. pet. (5. 3.). *Ulp.* Item non solnm ea, qnae mortis tempore fnernnt, sed si qna postea angmenta hereditati acccsserunt, venire iu hereditatis petitionem; nam hereditas et augmentnm recipit, et deminntionem. Sed ea, quae post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditato, pnto hereditati accodere; si extrinsecns, non, qnia personao possessoris accedunt. Fructus antem omnes angent hereditatem, sive ante aditam, sive post aditam hereditatem accesserint. Sed et partns ancillarum sino dnhio angent hereditatem.

(e) L. 13. §. 2. ad Leg. Aquil. (9. 2.). *Ulp.* Si servus hereditarius occidatur, quaeritur, qnis Aqnilia agat, qnnm dominns nnllns sit hnins servi; et ait Celsns, legem domino damna salva esse volnisse; dominus ergo hereditas habebitnr, quaro adita hereditato hores poterit experiri. — L. 1. §. 6. do iniur. (47. 10.).

(f) L. 193. de R. I. *Cels.* Omnia fere inra heredum perinde habentnr, ac si continne sub tempns mortis heredes exstitissent. — L. 54. do acqn. v. omitt. hered. (29. 2.). *Florentin.* Heres qnandoqne hereditatem adenndo, iam tnnc a morte snccessisso defnncto intelligitnr: — confr. anc. L. 28. §. 4. de stipul. servor. (45. 3.). — L. 138. pr. de R. I. — §. 2. Inst. do hered. inst. (2. 14.). — pr. Inst. do stipnl. serv. (3. 17.). — L. 31. §. 1. de hered. inst. (28. 5.).

Dall' altro lato Gaio definisce così i beni della eredità giacente: *antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sint*, onde vien meno l'idea di persona nella eredità giacente (g).

Più spiccato è il contrapposto di altri testi i quali, benchè ammettino nella eredità giacente il carattere di persona morale, affermano rappresentare non la persona del defunto, sivvero quella dell'erede (h).

Finalmente in altri passi l'eredità giacente è perfettamente ignorata come se le leggi in generale mai avessero di ciò fatto parola; imperocchè in ogni caso il succedere dell'erede si ritiene dalla morte del testatore (i).

Queste contraddizioni sono apparenti, ed in fondo mostrano i quattro lati differenti della eredità giacente quale da noi si è riguardata. Pure affermando che la *hereditas iacens* sia da considerarsi come persona giuridica, abbiamo accennato nel medesimo tempo essere di un carattere alquanto differente dalle altre persone fittizie; ed in vero essa serve soltanto come mediatrice tra il defunto e l'erede in uno stato di passaggio, nel quale le cose appartengono alla eredità senza che questa abbia mai la minima facoltà di disporne: in questo modo si giustifica il concetto non appartenere le cose ereditarie che alla medesima eredità e non essere nella disposizione di nessuno. Inoltre essendo l'eredità giacente mediatrice tra il defunto e l'erede nasce di per sè che, se da un lato rappresenta la persona del defunto che si trasmette, dall'altro riguarda quella dell'erede che deve investirsene; onde Pomponio dicea che con la morte del promettente non estinguevasi la stipulazione, ma passava all'erede rappresentato dalla eredità. Nel nostro linguaggio possiamo dire che l'eredità giacente mantiene intatta la stipulazione per due ragioni: sia perchè rappresenta la persona del promittente o del defunto, sia perchè riguarda la persona avvenire del debitore reale qual'è l'erede; ed in vero l'eredità giacente, riguardata nella sua essenza, sta in quanto si suppone assolutamente un erede. Anche l'ultimo modo di considerare questa materia, ossia l'ignorare completamente la eredità giacente, come non ammessa in un sistema di leggi, è una conseguenza diretta del tempo in cui si riguarda la successione. E di vero dal punto dell'accettazione della eredità, o meglio da quello dell'esistenza dell'erede nella eredità, la *hereditas iacens* sparisce nel presente e nel passato, cessato com'è lo scopo della sua temporanea esistenza. Istituto determinato per sopperire alla mancanza di erede, l'eredità giacente si cancella quando l'erede esiste, e questi si ricongiunge al defunto dal punto della morte.

§. 216.

III. Della delazione e dell' acquisto della eredità.

I. Nella eredità son da distinguere due punti essenziali: la delazione, e l'acquisto. Quando si chiama altrui alla successione, sicchè egli acqui-

(g) L. 1. pr. de divis. rer. (1. 8.). *Gai.* Res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.—confr. L. 13. §. 2. ad leg. Aquil. (9. 2.).—L. 64. de hered. instit. (28. 5.). — L. 13. §. 5. quod vi (43. 24.). — L. 6. expil. hered. (47. 19.).

(h) L. 24. de novat. (46. 2.). *Pompon.* Hic enim morte promissoris non extinguitur stipulatio, sed transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet.

(i) Ved. not. (f).

sta il diritto d'essere erede, l'eredità dicesi *delata;* per mezzo di questo atto l'erede ha diritto alla eredità, la quale non è pure da parte sua acquistata. Se poi l'erede accetta la eredità, di guisa che questa forma parte integrante del suo patrimonio, allora solamente la eredità è *acquisita* (a).

Si può essere chiamati alla eredità per un principio di diritto, ossia dalla legge stessa; in questo caso la eredità dicesi legittima; ovvero dal volere stesso del defunto per atto unilaterale di ultima sua volontà, ed in questo caso la eredità prende da quell' atto il nome di testamentaria.

Questi due modi di succedere sono esclusivi, l'uno entra in mancanza dell' altro, e solamente quando non vi è eredità testamentaria, ha luogo la eredità legittima (b). Pure non è del tutto impossibile che entrambi i modi di successione si uniscano in una sola persona; ma è sempre assolutamente impossibile che un patrimonio nel medesimo tempo si possa trasmettere parte con testamento o parte senza (c).

L'eredità testamentaria, purchè non dipenda da una condizione, è deferita al momento della morte del testatore; la legittima in vece suppone la mancanza del testamento.

Nessuno può ereditare per contratto; un simile atto, se mai esistesse, è considerato come turpe (d).

Esprimono i principii sopraddetti le seguenti massime:

1) *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.* Questa massima giuridica significa: dovere il testamento esaurire totalmente l'asse ereditario, così da impedire la successione *ab intestato.* Consegue che, se il testatore istituisce gli eredi in parte determinate del suo patrimonio, e non esaurisce tutto l' asse ereditario, il resto sarà sempre diviso tra gli eredi testamentarii, e non mai per questo verranno chiamati gli eredi *ab intestato.* Così ancora se uno degli eredi testamentarii venisse

(a) L. 151. de V. S. (50. 16). *Terent. Clemens. Delata* hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consegui. — L. 54. de acquirenda vel omitt. hered. (29. 2.). — L. 138. de R. I. (50. 17.). *Paul.* Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. — L. 7. C. de iur. delib. (6. 30.).

(b) L. 39. de acquirenda hered. (29. 2.). *Ulp.* Quandiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur.

(c) L. 15. §. 2. de inoff. test. (5. 2.). *Papin.* Filius, qui inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire, et ipse a creditoribus convenire pro parte poteat, et corpora vindicare; et hereditatem dividere; verum enim est, familiae ereiscundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum; et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.—L. 7. de R. J.

(d) L. 29. §. 2. de donat. (39. 5.). — L. 13. 19. C. de pact. (2. 3.). — L. 61. de V. O. (45. 1.). *Iulian.* Stipulatio hoc modo concepta, *si heredem me non feceris, tantum dare spondes?* inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.

a mancare, la sua porzione si divide tra gli altri eredi rimasti (diritto di accrescimento) ad esclusione totale degli eredi *ab intestato.*

2) *Semel heres semper heres*, la qualità dell'erede una volta data non si cancella più: è conseguenza di questa massima che la condizione risolutiva, e il *dies ad quem* sono incompatibili, e però considerati come non messi.

II. La delazione della eredità non dà che il diritto di acquistarla. Affinchè sia compiuta la successione fa d' uopo che alla delazione segua l' acquisto, ossia che l' erede entri effettivamente nella eredità con una novella dichiarazione di volontà per mezzo della quale accetta.

I momenti della eredità deferita e dell' acquisita non cadono comunemente nel medesimo tempo, ma un momento deve seguir l' altro. Vi sono però eredi, i quali acquistano la eredità nel medesimo tempo in cui vien loro deferita, e questi appellansi eredi legittimi o meglio eredi necessarii.

ANNOTAZIONE

I patti ereditarii, quantunque in generale considerati turpi dal diritto, meritano di essere studiati sulle seguenti distinzioni:

I. Può darsi che il contratto ereditario riguardi il patrimonio di uno dei contraenti e specialmente:

1) l' acquisto di questo patrimonio da parte dell'altro contraente (*pactum hereditarium acquisitivum*). Poichè è indegno di attentare alla libertà per addivenire erede, un tale contratto è di nessun momento (e).

Nel diritto giustinianeo non avvi eccezione a questa regola, salvo per i privilegiati testamenti militari (f); solamente per mezzo di una Novella di Leone (g) fu stabilito, essere valido quel contratto, per mezzo del quale il padre assicuri al figlio una eguale porzione come ai suoi germani.

2) Può avvenire che per mezzo di un contratto si assicuri ad un terzo il patrimonio di uno de'contraenti; e ciò può succedere in due maniere differenti: o stabilendo che il terzo acquisti tale patrimonio immediatamente, ed in questo caso il contratto sarà ancor meno valido, che se il terzo fosse stato egli stesso il contraente: ovvero convenendo che il terzo ricevesse il patrimonio mediatamente dall'altro contraente, ed in questo caso si ha un patto aggiunto di restituzione ad un contratto ereditario, e per conseguenza, non essendo valido il contratto principale, dev'essere inefficace anche l'accessorio. Ma invece se mediante un contratto il patrimonio dovesse venire nelle mani di un terzo dopo acquistato dal contraente per testamento

(e) L. 15. C. de pact. (2. 3.). — L. 34. C. de trans. (2. 4.). — L. 5. C. de pactis com. (5. 14.). — L. 4. C. de inut. stip. (8. 39.). *Diocl.* et *Maxim.* Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quo contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est, quum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint. — confr. L. 61. de V. O. cit.

(f) L. 19. C. de pact. (2. 3.).

(g) Nov. Leon. 12.

o per eredità legittima, si potrà ciò ritenere come un fidecommesso verbale, e l'atto sarà valido.

3) Finalmente quando uno de'contraenti rinuncia la eredità dell'altro (*pactum hereditarium renunciativum*), il contratto è inefficace, naturalmente perchè una eredità non ancora deferita non può essere con effetto rinunciata (h).

II. Può darsi inoltre che il contratto miri alla futura eredità di un terzo. Se questa persona è indeterminata il contratto avrà bene la sua validità come qualunque altro *pactum spei* (i): se è determinata non solo il contratto è di nessun momento, ma ancora la eredità deferita ad un tale contraente gli è tolta come indegno, poichè egli: *adversus bonos mores et ius gentium festinavit;* ovvero poichè è cosa indegna essere *sollicitum de vivi hereditate* (k).

In un sol caso questo principio è inapplicabile, quando cioè il terzo stesso annuisce al contratto; questo sarà valido, ma il terzo naturalmente non resta obbligato di trasmettere la sua eredità a tale o tal altro dei contraenti (l).

Si osservi da ultimo che i contratti notati nella seconda partizione hanno una

(h) L. 16. de suis (38. 16.). *Papin.* Pater instrumento dotali comprehendit, filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret; eam scripturam ius successionis non mutasse constitit, privatorum enim cautionem legum auctoritate non censeri.—L. 35. §. 1. C. de inoff. test. (3. 28.). — L. 3. C. de coll. (6. 20.). — L. 13. 18. de acquir. vel omit. hered. (29. 2.).

(i) L. 3. §. 1. 2. L. 73. pro soc. (17. 2.). *Ulp.* Si societatem universarum fortunarum coierint, id est earum quoque rerum, quae postea cuique acquirentur, hereditatem cuivis eorum delatam in commune redigendam. Idem Maximino respondit, si societatem universarum fortunarum ita coierint, ut quidquid erogaretur, vel quaereretur, communis lucri atque impendii esset, ea quoque, quae in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrimque imputanda.

(k) L. 2. §. 3. di his quae ut indign. (34. 9.).— L. 29. §. 2. L. 30. de donation. (39. 5.).— L. 2. §. 2. de vulg, subst. (28. 6.). *Ulp.* Interdum etiam pupillaris testamenti causa compellendum heredem institutum adire hereditatem, ut ex secundis tabulis fideicommissum convalescat, utputa si iam pupillus decessit; ceterum si adhuc vivat, improbum esse Iulianus existimat eum, qui sollicitus est de vivi hereditate.—L. 27. §. 4, ad S. C. Treb. (36. 1.).

(l) L. 2. §. 3. de his quae ut ind. (34. 9.). — L. ult. C. de pact. (2. 3.). *Iustinian.* De quaestione tali a Caesariensi advocatione interrogati sumus: Duabus vel pluribus personis spes alienae hereditatis fuerat ex cognatione forte ad eos devolvendae, pactaque inter eos inita sunt pro adventura hereditate, quibus specialiter declarabatur, si illo mortuus fuerit et hereditas ad eos pervenerit, certos modos in eadem hereditate observari, vel, si forte ad quosdam ex his hereditatis commodum pervenerit, certas pactiones evenire. Et dubitabatur, si huiusmodi pacta servari oporteret. Faciebat autem eis quaestionem, quia adhuc superstite eo, de cuius hereditate sperabatur, huiusmodi pactio processit, et quia non sunt ita confecta, quasi omnimodo hereditate ad eos perventura, sed sub duabus conditionibus composita sunt, si ille mortuus fuerit, et si ad hereditatem vocentur hi, qui pactionem fecerunt. Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi et periculosi eventus. Quare enim, quodam vivente et ignorante, de rebus eius quidam paciscentes conveniunt? Secundum veteres itaque regulas sancimus, omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil ex his pactionibus observari, nisi ipse forte, de cuius hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit. Tunc etenim, sublata acerbissima spe, licebit eis illo sciente et iubente huiusmodi pactiones servare; quod etiam anterioribus legibus et constitutionibus non est incognitum, licet a nobis clarius est introductum. Iubemus etenim, neque donationes talium rerum, neque hypothecas penitus esse admittendas, neque alium quemquam contractum, quum in alienis rebus contra domini voluntatem aliquid fieri vel pacisci secta temporum nostrorum non patitur.

sostanziale differenza dai primi: imperciocchè non alterano come i primi la successione: il contraente al quale l'erede si obbliga di trasmettere quel patrimonio che gli verrà dalla eredità, non addiviene per questo erede, come non lo diviene il compratore della eredità.

§ 217.

IV. Della bonorum possessio e suo rapporto con la eredità.

Hugo, de bonorum possessionibus, Halle 1788; — *Koch*, della *bonorum possessio*, Giessen 1799; — *Fabricius*, origine e svolgimento della *bonorum possessio* fino al termine dell' *ordo iudiciorum privatorum*, Berl. 1837; — *Leist* bis. bon. possess. secundum tab. Goett. 1841. — *Lo stesso*, la *bonor poss.* suo svolgimento e valore odierno I. vol. Goett. 1844, 2. vol. 1848; — *Hingst*, comm. de bonor. possessione, Amstelod. 1858

La eredità finora considerata era la pura istituzione del diritto civile. Ma come negli altri istituti giuridici, così in questo, accanto alla *hereditas* si collocò l' istituzione pretoria della *bonorum possessio*; per mezzo della quale il Pretore apriva la successione a coloro i quali non venivano chiamati per diritto civile: ed affinchè un tale diritto fosse loro garantito, il Pretore operò in modo, che la trasmissione della proprietà si effettuisse con la *bonorum possessio* come per mezzo della eredità; onde le azioni a pro e contro delle erede furono riconosciute a pro e contro del *bonorum possessor* (a). Oltre a ciò si determinò esclusivamente in favore del *bonorum possessor* un interdetto *adipiscendae possessionis*, conosciuto per *interdictum Quorum bonorum*, onde mettersi nel possesso delle cose ereditarie; e finalmente più tardi fu a lui data una universale azione analoga all' azione civile *hereditatis petitio*, appellata *possessoria hereditatis petitio* (b). In questo modo il *bonorum possessor*, quantunque non fosse vero erede, era considerato *heredis loco*, e il suo diritto era una vera eredità, *hereditas honoraria*, sebbene per origine e svolgimento se ne allontanasse (c).

(a) L. 1. 2. 3. §. 1. 2. de bon. poss. (37. 1.). *Ulp.* Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria, itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit, nam haec omnia bonis sunt coniuncta. L. 2. in omnibus enim vice heredum bonorum possessores habentur. L. 3. Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt: universitatis cuiusque successionem, qua succeditur in ius demortui, suscipiturque eius rei commodum et incommodum; nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum, sive in corporibus sunt, sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur. §. 1. Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo rescribit, non uti rerum possessio accipienda est; est enim iuris magis, quam corporis possessio. Denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte eius bonorum possessionem agnitam Labeo ait. — L. 13. pr. de bon. poss. contra tab. (37. 4.).

(b) *Gai.* Instit. IV. 144. — §. 3. Instit. de interd. (4. 15.). — T. D. quor. bon. (43. 2.). — D. de poss. hered. petit. (5. 9.).

(c) Vedi Appendice XI alla fine del capitolo.

2) In rapporto all'erede la *bonorum possessio* distinguesi in necessaria ed utile. Essendo a questa forma di successione chiamati anche coloro che non erano esclusi per diritto civile per giovarli de' vantaggi dell' *interdictum Quorum bonorum*, la *bonorum possessio* fu per loro detta utile; quandochè per gli altri, non chiamati dal diritto civile, che non potevano succedere se non per mezzo di un tale istituto pretorio, fu detta necessaria (d).

La *bonorum possessio* ha tre forme corrispondenti alla vera eredità: *bonorum possessio* secondo il tenore del testamento (*secundum tabulas*); contro il tenore del testamento (*contra tabulas*), e finalmente *ab intestato* (*intestati*).

a) Per mezzo della *bonorum possessio secundum tabulas* succede colui ch' era istituito erede in un testamento nullo secondo il diritto civile; purchè il defunto avesse la *testamenti factio activa* tanto al momento della compilazione del testamento, quanto alla morte, ed avesse osservate le forme prescritte dal diritto pretorio (e). Fa d'uopo inoltre che il testamento scritto sia esistente al tempo della morte del testatore e sia l'ultimo. Può avvenire che il testatore stesso avesse distrutto il suo testamento col proposito di compilarne un altro, il Pretore potrà mantenerlo in validità; così ancora di due testamenti con la medesima data il Pretore li considera come una sola disposizione (f). In generale la *bonorum possessio secundum tabulas* appartiene:

aa) ai figli istituiti come eredi nel caso che gli emancipati preteriti non facessero uso della *bonorum possessio contra tabulas* (g);

bb) agli eredi scritti in un testamento nullo per la preterizione di

(d) *Gai.* Inst. III. 35-38.

(e) §. 6. Inst. quib. mod. test. infirm. (2. 17.). Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae, ab initio iure facta, propter capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus heres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere, si modo defunctus et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit; nam si ideo irritum factum sit testamentum, quod civitatem vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.—L. 1. §. 8. de bon. poss. secund. tab. (37. 11.). — L. 2. C. de bon. poss. secund. tab. (6. 11.). — §. 2. 3. Inst. de test. ord. (2. 10.).

(f) L. 1. §. 1. 6. L. 11. §. 2. bon. poss. sec. tab. (37. 11.). *Ulp.* Sed etsi in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit, et utrumque extet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est, et supremum utrumque accipiemus.

(g) L. 2. eod. *Ulp.* Aequissimum ordinem Praetor secutus est; voluit enim primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, si inde non sit occupata, iudicium defuncti sequendum. Exspectandi igitur liberi erunt, quamdiu bonorum possessionem petere possunt; quodsi tempus fuerit finitum, aut ante decesserint, vel repudiaverint, vel ius petendae bonorum possessionis amiserint, tunc revertetur bonorum possessio ad scriptos.

un *suus heres* o per la nascita di un *postumus*, quando il *suus* preterito si astiene, o il *postumus* muore innanzi al testatore (h);

cc) finalmente all'erede istituito sotto condizione sospensiva o sotto condizione mista facoltativa, che non può subito essere adempiuta (i).

b) Quando il Pretore per la successione familiare cominciò ad attendere al principio naturale della cognazione contro al civile dell' agnazione, la *bonorum possessio* entrò in opposizione dello stesso testamento *(corrigendi iuris civilis causa);* imperocchè il Pretore introdusse la *bonorum possessio contra tabulas* in favore de' figliuoli emancipati preteriti e non debitamente diseredati, cosicchè tutti i figli potevano ereditare *ab intestato;* fermi nondimeno rimasero tutti i legati e fedecommessi in favore de' figli o genitori del defunto, il legato della restituzione della dote, e la sostituzione pupillare (k).

c) La medesima modificazione fu introdotta nella successione intestata, in quanto che la *bonor. poss.* pretoria chiamò gli emancipati ed in generale la cognazione invece dei soli *sui*, agnati, e gentili; e così la *bonorum possessio* fu detta *ab intestato*, quando non vi esiste testamento o quello che esiste è di nessun effetto (l).

3) La *bon. poss.* è edittale o decretale: se non avvi bisogno di cognizione, e l'acquisto è fatto immediatamente per editto del Pretore, dicesi edittale; decretale, se precede una cognizione di causa cd un decreto: que-

(b) L. 12. pr. L. 17. de iniust. rupt. test. (28. 3.). *Ulp.* Postumus praeteritus vivo testatore nstns decessit; licet iuris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum rnptum videatur, attamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundnm tabulas accipere berea scriptus potest, remqne obtinebit, ut et Divus Hadrianus, et Imperator noster rescripserunt. Idcircoque legatarii et fideicommissarii babebunt ea, quae sibi relicta sint, securi. Idem et circa iniustum et irritum testsmentnm erit dicendnm, si bonorum possessio data fuerit ei, qni rem ab intestato auferre possit.

(i) L. 2. §. 1. L. 3. b. t. (37. 11.). *Ulp.* Si snb conditione beres institutus filius sit, Inlianus peraeque pntavit, secundum tabulas competere ei qnasi scripto bonorum possessionem, qualisqualis conditio sit, etism si haec: *Si navis ex Asia venerit;* et quamvis defecerit conditio, Praetor tamen filinm, qni admiserit secundnm tabuias, tueri debebit, ac si contrs tabulas acceperit; quae tuitio ei, qni emancipatns est, necessaria est.

(k) L. 8. §. 12. L. 13. de bon. poss. contra tab. (37. 4.). *Iulian.* Qnum emancipatus bonornm possessionem contra tabulas accipit, scriptus heres ei bereditatem petendi cogendus est et praedia et servos bereditarios praestare; omne enim ius transferri aeqnum est, quod per causam hereditariam scriptus beres nanciscitnr, ad eum, quem Praetor beredis loco constituit. — L. 1. pr. L. 15. de legat. praest. (37. 5.). *Ulp.* Hic titulus aequitatem quandam babet naturalem et ad aliquid novam, ut, qui iudicia patris rescindunt per contra tabulas bonorum possessionem, ex iudicio eius quibusdam personis iegsta et iideicommissa praestarent, hoc est liberis et parentibus, nxori nuruique dotis nomine legatum.—L. 16. §. 1. de inoff. test. (5. 2.).—L. 34. §. ult. L. 35. de vulg. et pup. snbst. (28. 6.). *Afric.* Etiamsi contra patris tabnlas bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris valet, et legata omnibus praestanda sunt, qnae a substitutione data sunt.

(l) L. 1. §. 2. 3. si tab. nullae ext. (38. 6.).

sta seconda specie di *bon. poss.* ha per particolarità che non può venir respinta (m).

II. Questi due sistemi di successione avevano entrambi la loro applicazione, ma poichè in molti punti la *bon. poss.* si contrappone alla *hereditas*, alle volte quella è preferita a questa, ed allora la prima dicesi *cum re*, l'altra *sine re;* alle volte l'*hereditas* la vince sulla *bon. poss.* sicchè questa è detta *sine re*, quella *cum re.* Il principio che regola l'opposizione de'due sistemi si può esporre in queste parole.

In generale la *hereditas*, come sistema del diritto civile successorio, è preferita alla *bonorum possessio;* salvo per la *bon. poss. impugnandi iuris civilis gratia data*, val dire nei casi della *bon. poss.* data al figlio emancipato, ed alla classe *unde liberi*, ed in alcuni casi della *bonorum possessio secundum tabulas*. In ogni altro caso, contrapponendosi la *bon. poss.* alla *hereditas*, questa sarà sempre *cum re*, l'altra *sine re.*

III. Nella legislazione giustinianea i due sistemi subirono la medesima sorte degli altri dualismi nel diritto romano , sicchè non troviamo più due sistemi a fronte l'uno dell'altro; ma invece molti casi di successione, i quali prendevano forma giuridica nel sistema pretorio di successione, sono considerati appartenenti al diritto civile. Solamente questo risultato non fu l'effetto che del diritto giustinianeo ultimo, ossia delle Novelle; imperocchè anche sotto Giustiniano il diritto civile si mantenne ancora sull'antico fondamento, in modo che il diritto pretorio della *bon. poss.* serbò in massima parte il suo antico carattere, e fu così riguardato ne'libri delle Istituzioni de'Digesti e nel Codice. Poscia la *bonorum possessio secundum tabulas* fu modificata dal nuovo modo di testare, quella *contra tabulas* e la *intestati* si alterarono profondamente per le Novelle 115. 118., eccetto qualche caso singolare, come si vedrà più da vicino nelle singole materie.

§. 218.

V. Della idoneità per succedere.

Affinchè un individuo fosse debitamente chiamato a succedere, fa d'uopo ch'egli vi sia idoneo.

Le cause della incapacità a succedere possono essere o assolute o relative.

1) Sono incapaci assolutamente:

(m) L. 30. §. 1. de acquir. hered. (29. 2.). — L. 3. §. 8. de bon. poss. (27. 1.). *Ulp.* Si causa cognita bonorum possessio detur, non alibi dabitur, quam pro tribunali, quia neque decretum de plano interponi, neque causa cognita bonorum possessio alibi, quam pro tribunali dari potest. — L. 1. §. 7. de succ. edicto (28. 9.).

a) gli schiavi ed i peregrini (a); se non che i primi possono legalmente essere istituiti eredi non certo per loro stessi, ma per acquistare la eredità ai loro padroni;

b) i condannati a pene capitali (b);

c) gli eretici ed apostati (c);

d) i figliuoli e le figliuole de'condannati per alto tradimento. Per grazia speciale è condonata ai figliuoli la vita, ma essi però non potranno mai succedere a chicchessia nè per testamento nè *ab intestato* (d).

A questo proposito è oggi comunemente ritenuto che l'eredità diretta ai figliuoli del condannato si acquisti dagli altri eredi del defunto, come se mancassero i discendenti; e non che si devolva al fisco, come dapprima si opinò (e).

2) Sono relativamente incapaci le seguenti persone:

a) la vedova che si rimarita durante l'anno del lutto (§. 115.);

b) secondo la sanzione di Arcadio e Onorio quelli uniti in matrimonio incestuoso tanto vicendevolmente, quanto ancora i figliuoli nati dall'incesto e coloro tra i parenti che consigliarono l'unione relativamente ai due coniugi (f). Questa legge deve ritenersi abrogata dalla Nov. 12., la quale sancisce fra le altre pene la perdita di tutto il patrimonio in favore del fisco;

c) le persone giuridiche, purchè non abilitate da una legge espressa (§. 26.).

II. Quanto al tempo nel quale bisogna che l'erede si trovi capace:

1. Per la eredità *ab intestato*, al momento della delazione, e senza interruzione fino al diffinitivo acquisto della medesima (g); e particolar-

(a) L. 6. §. 2. de hered. inst. (28. 5.).

(b) L. 3. pr. §. 1. de his, qui pro non scr. (34. 8.). *Marc.* Si in metallum damnato quid extra causam alimentorum relictum fuerit, pro non scripto est, nec ad fiscum pertinet; nam poenae servus est, non Caesaris; et ita Divus Pius rescripsit. §. 1. Sed etsi post testamentum factum heres institutus vel legatarius in metallum datus sit, ad fiscum non pertinet. — L. 13. pr. de bon. poss. (37. 2.). — L. 1. C. de her. inst. (6. 24.).

(c) L. 5. C. de haer. et Manich. (1. 5.). — L. 3. C. de Apost. (1. 7.). *Valent.* *Theod.* et *Arcad.* Hi qui sanctam fidem prodiderunt, et sanctum baptisma haeretica superstitione profanarunt, a consortio omnium segregati sint, a testimoniis alieni, testamenti, ut ante iam sanximus, non habeant factionem, nulli in hereditate succedant, a nemine scribantur heredes. — confr. Nov. 115. c. 3. §. 14. c. 4. §. 8.

(d) L. 5. C. ad leg. Iul. maiest. (9. 8.).

(e) *Mühlebruch*, comm. XXXIX. p. 246.

(f) L. 6. C. de Inut. et incest. nuptiis (5. 5.). *Arcad.* et *Honor.* Si quis incesti vetitique coniugii sese nuptiis funestaverit, proprias, quamdiu vixerit, teneat facultates, sed neque uxorem neque filios ex ea editos habere credatur. Nihil prorsus praedictis, neque per interpositam quidem personam, vel donet superstes vel mortuus derelinquat.

(g) L. 1. §. 4. ad SC. Tertull. (38. 17.). *Ulp.* Filio, qui mortis tempore matris civis Romanus fuit, si ante aditam hereditatem in servitutem deducatur, legitima hereditas non defertur, nec si postea liber factus sit, nisi forte servus poenae effectus beneficio Principis sit restitutus.

mente, se l'antecessore fosse morto senza testamento, per coloro i quali sono chiamati immediatamente alla eredità legittima, al momento della morte; per coloro i quali fossero dopo chiamati in mancanza dei primi al momento che i primi vengono a mancare. Se al contrario vi era un testamento reso poi inefficace, non al momento della morte del testatore, ma al momento che si apre la successione *ab intestato* (h).

2. Nella successione testamentaria, al momento della delazione fino all'acquisto della eredità; come ancora al momento della compilazione del testamento, senza riguardo ai punti intermedii (i).

3. Finalmente per i legati al momento *ubi dies legati cedit.*

APPENDICE XI.

Non si è concordi sull'origine della *bonorum possessio;* più fondata pare quella opinione che segnala un'analogia di origine tra questo istituto ed il possesso giuridico in generale (a). Come nella *rei vindicatio* così pure nella *hereditatis petitio*, la quale nel suo carattere giuridico non è se non una *vindicatio hereditatis*, vi fu bisogno di regolare legalmente il possesso per preparare il giudizio di eredità; onde la *bonorum possessio* nel suo originario carattere valeva a procacciare la rappresentanza temporanea e fino a causa finita del defunto. Naturalmente come il possesso dei beni ereditarii non era possibile in alcuno, e come vi potevano essere molti pretendenti, il Pretore non lo concedeva se non a colui che dimostrava una maggiore probabilità di diritto in suo favore, e fu stabilito, che colui il quale presentasse un qualunque testamento, valido per forma esterna, ovvero con sette segni che facessero fede della presenza di sette testimoni (*tabulae septem signis signatae*), quegli potesse pretendere ad avere il possesso di beni ereditarii; che se tale testamento mancasse, il possesso dei beni doveva essere conferito al più prossimo erede legittimo.

Consegue che la *bonorum possessio* nel tempo della sua prima origine non ebbe che la forma *secundum tabulas*, e *unde legitimi*, ignota affatto la B. P. *contra tabulas*, e *unde liberi*.

Chi per tal modo era giunto ad ottenere il possesso de'beni, era garantito per due forme di azioni, cioè dall'*interdictum Quorum bonorum* e dalle azioni fittizie, naturalmente quale rappresentante del defunto.

La B. P. in questo periodo quantunque provvisoria era pure uno stato di fatto importante, poichè dato il caso che il contraddittore non fosse vero erede, non ave-

(h) *Glück*, successione intestata §. 28.

(i) §. 4. Inst. de hered. qual. et diff. (2. 19.). — L. 6. §. 2. L. 49. §. 1. L. 50. 59. §. 4. de hered. inst. (28. 5.). *Ulp.* Solemus dicere, media tempora non nocere, ut puta civis Romanus heres scriptus vivo testatore factus peregrinus mox civitatem Romanam pervenit; media tempora non nocent. Servus alienus sub conditione heres scriptus traditus est servo hereditario, mox usucaptus ab extraneo; non est vitiata institutio.

(a) *Dennburg*, stud. sulla storia del romano testamento pag. 191. — *Fabricius*, origine e svolgimento della B. P. Gott. 1844.

va alcun interesse ad introdurre il giudizio con l'*hereditatis petitio;* per la qual cosa anche in questo periodo la B. P. addiveniva uno speciale istituto di successione per coloro che rigorosamente non erano veri eredi, o non potevano pervenire alla eredità. Essa inoltre poteva offrire l'immenso vantaggio di evitare che la eredità restasse vacante o preda della occupazione, e disse quindi il Pretore, quando non vi è un erede legittimo, darò il possesso al più prossimo parente ed in mancanza al coniuge superstite: donde gli ordini *unde cognati* e *unde vir et uxor*.

Introdotti questi novelli ordini di successione la B. P. venne perdendo il suo originario carattere, e non fu più un modo di regolare il possesso per prepararo il giudizio della *hereditatis petitio*, ma un istituto pretorio di successione, vantaggioso più del civile, in quanto che offriva il sollecito *interdictum Quorum bonorum;* la sua utilità fu tanta che anche gli eredi *secundum tabulas* e *unde legitimi*, quantunque non vi fosse quistione sul loro diritto, si facevano dare il possesso de'beni.

In questo secondo periodo la B. P., istituto pretorio di successione, non poteva mai venire in opposizione col sistema successorio del diritto civile. Ma più tardi avanzò ancora, aprendosi a più larghi principii, e quasi riformando il diritto civile *(corrigendi iuris civilis);* agli ordini esistenti aggiunse la B. P. *contra tabulas* e *unde liberi* in favore di persone le quali per diritto civile non avevano diritto alla successione, e in contrapposto de'legittimi pretendenti. A voler stare a certe testimonianze è probabile che fosse la B. P. concessa al *suus* preterito prima ancora che giungesse a questo periodo; tanto più in quanto il suo carattere in questo caso si dimostra alquanto differente da quella concessa agli altri più tardi, formando come una vera apertura di successione *ab intestato* (b).

Più tardi ancora e propriamente ai tempi dell'Impero la B. P. prese un carattere più decisivo di un istituto di successione; e propriamente la *bon. poss. secundum tabulas* lasciò in alcuni casi l'indole instabile di una preparazione al litigio di eredità, e valse come mezzo diffinitivo di successione. Dappoichè, mentre prima essa il più delle volte non riusciva che a restituire le cose ereditarie al legittimo erede, ossia era *sine re*, secondo questo nuovo indirizzo in alcuni casi, nei quali essa dovea essere *sine re*, sopravvinceva l'*hereditas* ed era considerata *cum re*. I casi furono i seguenti:

a) Secondo un rescritto di Adriano, quando un testamento era reso nullo *(ruptum)* per la nascita di un postumo, che poi moriva prima del testatore, la *bon. poss. secundum tabulas* doveva essere mantenuta contra gli eredi *ab intestato;* eccetto quando nel testamento *ruptum* vi fosse un *suus* diseredato, poichè in questo caso la *exceptio doli*, concessa al *bonor. possessor secundum tabulas* è inefficace (c).

b) Per un rescritto di Marco Aurelio, di cui negli ultimi tempi si è avuto notizia nelle istituzioni di Gaio, anche quando mancassero le formalità civili ad un testamento, la *bon. poss. secundum tabulas* dovea essere mantenuta contro gli eredi *ab intestato*. In altre parole riconobbe al così detto testamento pretorio la validità di una civile successione *ab intestato*, onde rimaneva senza effetto, ovvero *sine re*, contro un *heres testamentarius* di un solenne testamento anteriore.

(b) L. 1. §. 6. de bon. poss. contr. tab. (37. 4.).—V. *Fabricius*, o. c. pag. 38. 100.— *Vangerow*, Pand. §. 398.

(c) L. 12. pr. de iniust. rupt. irr. test. (28. 3.). — Ved. §. 217. not. (h). — L. 15. de dol. mal. exc. (44. 4.). — Gaio Inst. II. 119. 121.

Fuori di questi casi la *bon. poss. secundum tabulas* restò nel carattere antico; e se il testamento fosse nullo *iure civili*, la eredità dovea essere restituita al *legitimus heres*, ossia la B. P. dovea essere sempre *sine re*.

La B. P. continuò anche nel sistema giustinianeo a formare un sistema di successione distinto dal civile. Se non che Giustiniano contemperò insieme i due sistemi dopo pubblicata la sua legislazione nelle Novelle: così la *bon. poss. contra tabulas* fu sostituita dalla Nov. 115.

La *bon. poss. ab intestato* venne totalmente annullata dalla Nov. 118, eccetto quella *unde vir et uxor*. Per lo che in generale, secondo il diritto delle Novelle, la *bon. poss.* cessò di esistere un distinto sistema di successione e gli antichi *bon. possessores* furono considerati eredi civili nel diritto posteriore.

CAPITOLO II.

FORME DELLA SUCCESSIONE UNIVERSALE.

SEZIONE I.

Successione ab intestato.

Inst. de hereditatibus, quae ab intestato deferuntur (3. 1.);—de legitima agnatorum successione (3. 2.);—de SC. Tertulliano (3. 3.);—de SC. Orphitiano (3. 4.);—de successione cognatorum (3. 5.):—TTD. si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi (38. 6.);—unde legitimi (38. 7.);—unde cognati (38. 8.);—unde vir et uxor (38. 11.);—de suis et legitimis heredibus (38. 16);—ad SC. Tertullianum et Orphit. (38. 17.);—TT. C. unde liberi (6. 14.); — unde legitimi et unde cognati (6. 15.); — unde vir et uxor (6. 18.); — de suis et legitimis liberis et ex filia nepotibus ab intestato venientibus (9. 55.); ad SC. Tertullianum (6. 56.);—ad SC. Orphitianum (9. 57.);—de legitimis heredibus (6. 58.); —communia de successionibus (6. 58.). — *Val. Forsteri*, de hereditatibus quae ab intestato deferuntur libri novem, Francf, (1615);—*Rinchini*, tractatus de successionibus ab intestato (op. om.) tom. IV.;—*Koch*, successio ab intestato civilis, Giessen 1798.—*Hugo*, de font. success. ab intestato ex iure romano ant. et novo, Gott. 1785. — *Büchel*, quistioni sulla Nov. 118.—*Marb.* 1839.—*Löhr*, della successione in un peculio, del diritto di successione della madre e de' fratelli prima della Nov. 118, nel Magazzino per la scienza giurica IV. 7. 8. 9. (1820).

§. 219.

Della successione ab intestato in generale.

Quando qualcuno muore senza aver designato in un atto di ultima volontà colui che dovrà rappresentare la sua persona dopo la sua morte, ovvero quando l'atto sopraddetto esiste, ma non è valido secondo i principii stabiliti dal diritto, la legge provvede a tale mancanza, determinando le persone che dovranno succedergli, talchè questa successione viene appellata: successione *ab intestato* o legittima.

Il fondamento che la legge mette ad un simile modo di succedere non può essere che quello della famiglia o della parentela, intesi questi due vocaboli nello stretto significato del diritto civile (agnazione) nell'antico diritto, nel più ampio significato pel diritto delle genti (cognazione) nel diritto posteriore (a).

Affinchè i parenti sieno chiamati con ordine alla successione *ab intestato*, la legge dà i seguenti principii:

1. Un ordine di eredi può essere preferito ad un altro, o chiamato a surrogarlo quando mancano tutte le persone del primo: tale successione si chiama *per ordines*.

2. Nel medesimo ordine può qualche parente più prossimo escludere un altro più remoto preponendoglisi: tale successione si chiama *per gradi*.

3. Può ciascuno del medesimo ordine o grado aver diritto ad una porzione, ovvero può l' asse ereditario spartirsi in tante porzioni quanti sono i pretendenti: tale successione si chiama *per capita*.

4. Più eredi insieme, specialmente quando rappresentano un predefunto parente, possono aver diritto ad una sola porzione, ossia a quella che avrebbe avuto il predefunto parente se fosse vissuto: tale successione si chiama *per stirpes*.

5. Finalmente è possibile che dell' asse ereditario si facciano due porzioni, una delle quali va alla linea paterna ed alla linea materna l'altra: tale successione si chiama per *linea*.

Quando è il caso di ciascuna di queste successioni, si vedrà nei seguenti paragrafi.

§. 220.

I. Successione ab intestato prima della Novella 118.

Di tutti gl' istituti giuridici la sola successione restò incompleta nella legislazione giustinianea, e non pervenne a perfetta unità se non dopo publicata la legislazione di Giustiniano per mezzo della Novella 118 e 127. Per lo che nelle Istituzioni, nei Digesti e nel Codice fondamento della successione è ancora l' antico diritto civile temperato dalla *bonorum possessio*, che continua a servare un carattere distinto dalla *hereditas* tranne qualche caso. In generale l'ordine della successione *ab intestato* stabilito nei sopraddetti codici è il seguente:

Ordine I. Successione de' discendenti.

Se il defunto è un uomo, vengono chiamati alla successione i *sui* o

(a) Ved. Appendice XII.

coloro che il Pretore annovera tra i *sui*, ossia i *liberi* dell'editto pretorio, ed inoltre, per le costituzioni imperiali, i nipoti discendenti da una figlia. In questo ordine si osserva in generale la *successio per stirpes*. Si noti che concorrendo il figliuolo emancipato ed il figlio di costui restato fin dall' emancipazione del padre sotto la potestà dell' avo, il secondo ereditava insieme col padre, cioè tra i *liberi* e non tra i *sui* (*edictum de coniungendis cum emancipato liberis*).

Se la successione è di una donna, succedono i figli e le figlie *ex SC. Orphitiano*, e secondo le costituzioni imperiali, i nipoti nati da figli e figlie. Anche qui si osserva in generale la successione *per stirpes*.

Ordine II. Successione de' legittimi.

A quest' ordine appartengono le seguenti persone, e nel seguente grado:

1. la madre e i fratelli germani;

2. i fratelli consanguinei e gli uterini;

3. gli agnati mascolini e femminili del terzo grado, e con questi i figli e le figlie del premorto fratello o della premorta sorella, indipendentemente se questi premorti fossero stati consanguinei o uterini col defunto: come ancora i figliuoli degli emancipati vengono chiamati alla successione come i figliuoli di coloro i quali non sono usciti dal legame di agnazione.

4. gli agnati mascolini e femminili di un grado posteriore.

Tutti coloro che in ciascun grado sono chiamati insieme succedono sempre *per capita*, e ciò anche pei nipoti.

Ordine III. Successione dei cognati.

A quest' ordine sono completamente applicabili i principii della *bonorum possessio unde cognati* (b), ossia i cognati vengono chiamati fino al sesto grado inclusivo, con la regola che il più prossimo esclude il più remoto, e che molti del medesimo grado succedono *per capita*.

II. Successione *ab intestato* secondo la Novella 118.

§. 221.

A. In generale.

Dopo publicata tutta la legislazione Giustiniano riformò l'intero diritto di successione con principii più larghi.

Con la Novella 118 in fatti tolse ogni distinzione tra agnazione e co-

(b) Ved. Appendice XII.

gnazione, e per conseguenza tra il sistema del diritto civile e l' altro del diritto pretorio, e sancì regole più semplici di successione *ab intestato* fondate sulla parentela in generale (cognazione); poichè ordinò gli eredi in discendenti, ascendenti, e collaterali. Per lo che non fu data preferenza a quelli che al momento della morte si trovassero sotto la patria potestà del defunto su coloro che n' erano prima usciti: come ancora estese la parentela, anche senza distinzione di sesso, a tutti i gradi finchè si potessero provare. Questo principio fu riconosciuto per regola, che come la parentela è un legame reciproco, così, la possibilità di una successione, che sopra di quella si fonda, dev' essere ancora reciproca.

B. Della successione *ab intestato* sul legame della parentela in ispecie.

§. 222.

1) Della successione dell' arrogato, del figliuolo adottivo e dei figli naturali.

Fu veduto in altro luogo (§. 128. ann.) quale fosse il diritto di successione *ab intestato* del figlio adottivo, e la cagione della distinzione giustinianea in *adoptio plena* e *minus plena*. Nella prima, finchè dura il legame, le relazioni di successione sono complete verso la famiglia del padre adottivo e verso la madre naturale; verso il padre naturale poi sono applicabili le regole dell' antico diritto sull' unica *adoptio* (§. 128 ann.).

Nella *minus plena adoptio* la successione verso la famiglia naturale rimane la stessa come se non vi fosse adozione, e verso la famiglia adottiva il figliuolo adottato acquista un diritto di successione, come un *suus heres*, sul solo patrimonio del padre adottante, non pure degli agnati. Questi diritti non sono nemmeno reciproci, in quantochè il padre adottivo non succede al figlio.

La Novella 118 non alterò il diritto di successione quanto al *minus plene adoptatus;* così pure nell' *adoptio plena* il diritto del figliuolo adottato rispetto alla madre naturale rimase il medesimo, in quanto al resto la comune opinione determina che il figlio adottato per la Nov. 118 deve succedere al padre naturale nella qualità discendente (1).

2) I figliuoli naturali non avevano diritti sul patrimonio del padre, ma seguivano solo la madre. All'incontro Giustiniano colle Novelle 18 c. 5 e 89 c. 12 diede anche ai figliuoli naturali un limitato diritto di successione *ab iutestato* sul patrimonio del padre nella seguente guisa:

I *liberi naturales* del primo grado insieme con la madre hanno diritto ad $^{1}/_{6}$ del patrimonio del padre, se questi non ha moglie e figliuoli legittimi, tranne che una sola concubina, vissuta sempre con lui in una comunione di famiglia, e se finalmente i figliuoli siano stati allevati in casa; e per converso il padre ha diritto di successione anche di un $^{1}/_{6}$ sul patrimonio de' figliuoli naturali.

Nel caso che il padre loro avesse moglie e figliuoli legittimi, avranno solamente diritto agli alimenti sull' asse ereditario.

Rispetto alla madre e suoi agnati i figliuoli naturali sono perfettamente pareggiati ai figliuoli legittimi, salvo che la madre non fosse una donna illustre (a).

I figliuoli incestuosi è affermato che non sono esclusi dalla successione materna, se non quando la madre perda il patrimonio per pena (b). Questo principio non fu alterato dalla Nov. 74. c. 6., nè dalla Nov. 89. c. 15. in quanto che quivi è parola della relazione dei figliuoli incestuosi col loro padre.

ANNOTAZIONE

(1) Sulle relazioni dei figli adottivi col padre naturale vi è animata controversia tra i giuristi moderni. È comune opinione che anche nella *plena adoptio* prima della Nov. 118. il figliuolo adottato era chiamato alla successione *ab intestato* del padre naturale nell' ordine *unde liberi* come per l' antica *adoptio;* altri all' incontro argomentando dalla L. 10. C. *de adoptionibus* gli negano tale diritto (c), e di questi alcuni negano totalmente il diritto di successione, altri glielo riconoscono nell' ordine *unde cognati*.

Fissando in altro luogo la relazione successoria del figliuolo adottivo col padre naturale (§. 128.), si è notato che il figliuolo dato in adozione all' avo paterno, succedeva al padre naturale nell' ordine *unde liberi*. Ora un simile caso di adozione è compreso nella *plena adoptio* di Giustiniano, il quale con la legge sop. cit., stando alla opinione del *Mühlenbruch*, ed altri, pare che invece di favorire i figliuoli adottivi, avesse resa peggiore anche la condizione di colui ch'era adottato dall' avo paterno. In altri termini mentre si dovea prefiggere lo scopo di garantire chi fosse adottato da un estraneo, in conchiusione poi avrebbe favorito quest' ultimo e danneggiato chi fosse adottato dall'avo paterno. Non è questa una legittima interpretazione.

È vero che le sue parole: *si vero pater naturalis* etc. sembrano voler concentrare il diritto di successione del figliuolo adottivo tutto sul padre civile; pure ciò non vuol dire altro che per mezzo dell'adozione piena Giustiniano assicura la sorte dell'adottato, e che questi non corre nessun pericolo, poichè in ogni caso egli non

(a) L. 5. C ad SC. Orphit. (6. 57.).

(b) Nov. 12. c. 1. la quale aboliva completamente la L. 6. C. de incest. nupt. (5. 5.).—*Rosshirt*, diritto di successione pag. 211. — *Vangerow*, Pand. §. 413.

(c) *Mühlenbruch*, com. XXXV. pag. 160.—*Büchel*, quistioni, pag. 51.

perverrà mai in condizione peggiore. Il carattere fondamentale di quella legge è massimamente quello di togliere qualunque possibilità che il figliuolo adottivo avesse danno, come prima della legge quando il padre civile lo avesse emancipato dopo la morte del padre naturale; con tanta maggiore ragionevolezza ne garantisce la sorte, in quanto nella *adoptio plena* concorrono e il legame civile e il naturale.

Ammettendo l'altra opinione noi faremmo cadere Giustiniano in una manifesta contraddizione. E di vero la legge 10. del Codice fu emanata nel 530, ossia prima della collezione delle Pandette; ora se nel Codice Giustiniano avesse voluto sancire per mezzo della citata costituzione, che il figliuolo adottato dall'ascendente perdesse in tutto o in parte il diritto di succedere al padre naturale, come poi avrebbe accettato nella grande collezione quei passi che un tale diritto ammettono (d)? Secondo le buone regole d'interpretazione non si può preferire un passo del Codice a quello delle Pandette, essendo parti integranti della medesima legislazione; ma volendo anche argomentare sopra un simile principio, sarebbe posteriore il passo delle Pandette a quello del Codice, essendo il primo stato sancito da Giustiniano nel 533. Quindi nelle parole citate debbe scorgersi piuttosto un paragone che egli vuol stabilire tra il *minus plene* e il *plene adoptatus*, ma esse non ci obbligano di reputare abolita l'eccezione fatta dagli antichi giureconsulti, che cioè sol in un caso il figliuolo adottato era chiamato nella classe *unde liberi;* tanto più in quanto lo stesso legislatore in altro luogo §. 14. *Inst. de her. quae ab int. def. (3. 11.)* si esprime al proposito: *pristina iura tali adoptioni servavimus*. Onde anche secondo la L. cit. il *plenè adoptatus* succede generalmente nella classe *unde cognati*, e quando è adottato dall'avo paterno nella classe *unde liberi*.

La controversia si riproduce novellamente quando s'indagano gli effetti della Nov. 118. sopra le relazioni delle quali discorriamo. È fuori questione che il diritto di successione del *minus plene adoptatus* non è stato mutato dalla Novella; nè mutato il diritto di successione dell'adottato pienamente verso la famiglia adottiva, e verso la madre naturale. È questione se il pieno adottato avesse ancora, secondo lo spirito della Novella citata, un diritto di successione sul patrimonio del padre naturale. La comune opinione stabilisce che il *plene adoptatus* eredita tuttora dal padre naturale come qualunque discendente nel primo ordine ; opinano altri erediti nel quarto ordine (e). D'altra parte il *Mühlenbruch* (f) al pieno adottato e all'arrogato nega addirittura qualunque successione *ab intestato* sul patrimonio del padre naturale.

Come per la prima così per questa seconda controversia noi seguiamo la comune opinione. In primo luogo si è osservato innanzi come il diritto pretorio avea conceduto al figliuolo adottato dall'ascendente paterno il diritto di ereditare dal padre naturale. Ora l'opinione che la Novella 118, legge equa, che cancella le antiche divisioni, e fonda la successione *ab intestato* su'legami del sangue, tolga a questo figliuolo adottivo il diritto concessogli dal Pretore, non è conseguente alla logica, nè soprammodo alla storia del diritto. Invero nel diritto anteriore l'adottato non apparteneva ai *liberi* nel giuridico significato della parola, ma sibbene ai discendenti cognati, e però succedeva al padre nell'ordine *unde cognati*. La principale riforma

(d) L. 3. §. 7. 8. L. 21. §. 1. de bon. poss. contr. tabul. (37. 4.).
(e) *Löhr*, Magazzino III. 11.—*Puchta*, lezioni vol. II. pag. 307.
(f) *Mühlenbruch*, comin. XXX. pag. 173. comp. §. 633. not. 4.

di Giustiniano fu di pareggiare agnazione e cognazione, abolendo di conseguenza ogni distinzione tra i *sui liberi*, ossia i *sui* finti dal Pretore, e i cognati discendenti; tutti sotto il nome di discendenti furono chiamati nel primo ordine senza preferenza di agnati: Giustiniano detta a questo proposito:.. « In omnibus successionibus agna- « torum et cognatorum differentiam cessare volumus, sive propter femininam per- « sonam, sive propter emancipationem *vel aliam quemlibet modum* in prioribus le- « gibus tractata fuerit ».

Per lo che se per l'arrogazione e l'adozione in generale alcuni discendenti in ossequio alle viete distinzioni furono messi fra i cognati, ed altri rimasero fra li agnati, tolta di mezzo questa differenza, si avrà l'ordine de' discendenti composto senza alcuna distinzione.

A tuttociò si oppone', gli adottati non succedere nell' ordine *unde liberi*, perchè non erano considerati come discendenti del padre; è giusto perciò che essi non ereditino come tali (nel primo ordine) nemmeno secondo la Novella 118, tanto più che questa novella costituzione non stabilisce una nuova parentela, ma riforma semplicemente l'ordine della successione.

In questo punto si confonde il significato giuridico della parola *liberi* con quello di discendenti: la parola *liberi* esprime il concetto di agnazione vera o finta; discendente è termine più generico, sotto il quale si comprendeva anche il cognato; lo stesso emancipato, prima che il Pretore lo avesse finto *suus*, era un discendente, eppure apparteneva all'ordine de'cognati; sorto poscia il concetto di *liberi*, pcr la finzione pretoria che supponeva l'agnazione, non pcr questo non restarono altri discendenti fra i cognati. Ora tolta la differenza d'agnazione e cognazione che li spartiva in più ordini, tutti trovansi compresi sotto il nome generico di discendenti; e perciò chiamando la Novella 118 tutti i discendenti nel primo ordine, non vi è ragione di escludere il figliuolo adottivo dalla successione del padre naturale, poichè come gli altri, è anch'egli un discendente. Aggiungasi che collocare il pienamente adottato nel quarto ordine del sistema di successione stabilito dall'anzidetta Novella è anche un assurdo; poichè in quest'ordine vengono chiamati i parènti collaterali e non i discendenti. .

Si obbietta ancora, che quantunque il Pretore ponesse nell' ordine degli eredi legittimi come figli coloro che avevano la qualità di cognati, come se fossero *sui*, non fece pure questa finzione per coloro, i quali erano dati in adozione, e per la ragione naturalissima ch'eglino avevano già in un'altra famiglia un diritto di successione *ab intestato* come figli, e perchè nessuno può avere nel medesimo tempo due padri. Secondo il principio che una novella regola non abolisce le eccezioni delle prime, devesi riconoscere quella eccezione anche dopo la Novella 118, e perfettamente secondo quei motivi.

A voler pure ammettere che siasi fatta eccezione per gli adottati, perchè avevano già la eredità come figli di un'altra famiglia, pure ciò non toglie che con tutta la eccezione gli adottati sieno discendenti, e per conseguenza non possiamo negare al pienamente adottato il diritto di ereditare dal padre naturale in qualità di discendente.

§. 223.

B. Ordine della successione *AB INTESTATO* in generale.

L'ordine di questa successione secondo l'ultimo diritto di Giustiniano deriva dalla parentela naturale senza distinzione di sesso o di agnazione, per lo che è diviso nei tre ordini speciali di discendenti, ascendenti, e collaterali (§. 221) che comprendono tutta la parentela. Ma fra i collaterali alcuni sono preferiti ad altri, e sono i fratelli e sorelle germane del defunto coi loro figli; altri sono posposti ai primi ma preferiti ad altri collaterali, e sono i fratelli e le sorelle unilaterali, cioè consanguinei ed uterini, coi figli rispettivi; onde con più esattezza gli ordini degli eredi *ab intestato* sono quattro, così composti:

1) Discendenti, cioè figli e figlie senza distinzione, nipoti nati dai figli e figlie.

2) Ascendenti, fratelli e sorelle germane coi loro figli e figlie.

3) Fratelli e sorelle consanguinee ed uterine coi loro figli e figlie.

4) Finalmente tutti gli altri parenti fino all'infinito (a).

Di questi eredi alcuni succedono *per capita*, ed altri *per stirpes*, non ricevendo cioè che la sola porzione che sarebbe spettata al loro predefunto genitore, se fusse vissuto al momento della successione.

ANNOTAZIONE

Pe'nipoti in generale tanto figliuoli di figli e figlie, quanto figliuoli di fratelli e sorelle, si parla di un diritto di rappresentazione, ma gli scrittori non sono di accordo tra loro (b). Le idee generali sarebbero: esservi il diritto di rappresentazione per tutti i figli dei figli e dei fratelli, il cui concetto fondamentale è che costoro ereditano non *iure proprio*, ma *iure praedefuncti parentis* il patrimonio del defunto. Principale conseguenza di questa teoria sarebbe, che tali persone allora possono ereditare quando il loro defunto genitore avesse potuto egli stesso succedere, e quando esse fossero di fatto addivenuti eredi di costui: cosicchè se si fossero astenuti dalla eredità del padre non potrebbero succedere all' avo o secondo le circostanze al loro zio.

Altri ultimamente hanno parlato di un diritto di rappresentazione rispetto alla

(a) Nov. 118. — I quattro ordini sono espressi ne'seguenti versi:

Descendens omnis succedit in ordine primo,
Ascendens propior, germanus, filius eius.
Tunc latere ex uno frater, quoque filius eius;
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

(b) Ved. *Glück*, succ. intest. §. 23.—*Normann*, de iure repraesent. 1828. §. 2. 16.

successione, e di un altro rispetto alla divisione della eredità. Tanto i figli dei figli quanto dei fratelli hanno un diritto di rappresentazione rispetto alla divisione della eredità. Sarebbe conseguenza che i nipoti debbono prendere a loro carico tutti gli obblighi che il loro genitore avrebbe, se non fosse premorto, e imputare nella loro porzione i debiti del loro genitore verso il defunto. Ma rispetto alla successione succedono per rappresentazione solo i figliuoli di fratelli e non quelli dei figli, in quanto che solamente i primi succedono *iure praedefuncti parentis* e non già i secondi, e quindi solo pei primi sono applicabili i sopra riferiti principii.

Tutta questa dottrina della rappresentazione è perfettamente estranea ai testi tanto nella prima forma, quanto nella distinzione apportata dal *Glück*.

Il diritto di rappresentazione, quale è inteso dai più è perfettamente inapplicabile; se i nipoti in generale dovessero succedere solamente quando il diritto ereditario del loro genitore sia stato ad essi trasferito, non potrebbero mai succedere, poichè il loro genitore premorto al defunto, della cui eredità si tratta, non avea diritto di successione al momento della sua morte, essendo ancora in vita il defunto; *quia vivi hereditas non datur*, e nessuno quindi potea trasferirne altrui, perchè ciò che non si ha non si può trasferire. Inoltre se il diritto di rappresentazione fosse possibile in questo senso, sarebbe fondato non pei nipoti solamente, ma per tutti gli altri parenti.

Una sola espressione di Giustiniano ha potuto essere il fondamento di tutta questa dottrina, che i nipoti cioè devono succedere *in locum*, ovvero *in iura praedefuncti parentis* (c). Queste espressioni secondo Giustiniano stesso si riferiscono alla divisione; di guisachè significano unicamente la *successio per stirpes* (d); cioè che i nipoti in generale, quali legittimi sostituti del genitore, riceveranno quel tanto, che avrebbe ricevuto il *parens praedefunctus*, il cui posto essi vengono a tenere. Ora sopra questa semplicissima relazione si è costruito un tale diritto di rappresentazione col concetto che i nipoti non succedono *iure proprio*, ma *iure praedefuncti parentis* e con le conseguenze sopraddette: cose tutte che non hanno riscontro nelle leggi.

In conchiusione tutti i nipoti indistintamente sono chiamati alla eredità *ab intestato* del loro avo, ovvero del loro zio, nè vi è legge che ci autorizzi a stabilire il principio che essi possono allora succedere, quando abbiano ereditato dal loro premorto genitore (e).

§. 224.

a) Ordine I. Discendenti.

1) Nel primo ordine succedono ad ambedue i genitori i discendenti di qualunque sesso e di qualunque grado, senza distinzione se essi sono o no ancora sotto la patria potestà; in mancanza di qualcuno de'figli succedono nel luogo del predefunto i nipoti e le nipoti nate da lui.

(c) Nov. 118. c. 1. 3. — Nov. 127.

(d) Nov. 118. c. 1.

(e) *Haimberger*, diritto romano puro §. 305.— *Vangerow*, op. c. §. 414.— *Mühlenbruch*, com. §. 152. not. 5.

In caso che esistessero discendenti di più matrimonii succedono al defunto genitore quelli che discendono da lui, tanto quelli procreati nel primo, quanto nei matrimonii susseguenti, con la differenza però che solo ai figliuoli del primo letto resta la proprietà dei beni che il genitore lucrò dal coniuge col quale procreolli. A ciò si aggiunga tutto quello che la madre ereditò *ab intestato* da un figliuolo premorto in concorrenza coi suoi figli (§. 115).

In generale i discendenti succedono tutti *per capita* eccetto i nipoti, figli di figli e figlie che succedono in luogo del predefunto genitore, i quali succedono *per stirpes*.

2) Alcune volte insieme coi discendenti concorrono altri successori che veramente non appartengono a quest'ordine, alcune volte per la proprietà, altre per l'usufrutto. Essi sono:

a) Il padre, e propriamente se il figliuolo defunto era sotto la sua potestà, ed è morto lasciando prole, egli ha il diritto di ritenere tutto l'usufrutto che godeva durante la vita di suo figlio (§. 121) (a).

b) Il marito superstite: egli concorre coi figliuoli che succedono alla madre secondo una costituzione di Teodosio e Valentiniano (b). La so-

(a) Nov. 118. c. 1. ved. not. (c).

(b) L. 3. C. de bon mat. (6. 60.). *Theod.* et *Valentinian.* Si vlva matre emancipati sunt filii, et postea decessit mater quoniam omni commodo destituitur pater, nec retinet usumfructum, viriles ei inter filios, sive unus sive plures sunt, ususfructus tribuimus portiones. §. 1. Sin vero mulier moriens alios ex filiis emancipatos a patre, alios in patria potestate dimiserit, in hoc casu dispari utetur maritus defunctae beneficio; quo casu utrisque praescripsimus, id est circa eorum quidem portionem, quos adhuc in sacris retinet, usumfructum ex legum auctoritate retinebit, et praemium delatae emancipationis, quum volet, accipiet, in eorum vero parte, quos exisse de potestate vlva matre constiterit, usumfructum virilis inter eos portionis secundum praescripta percipiet. §. 2. In nepotibus etiam vel neptibus hoc observandum esse censemus, ut maritus, qui uxore mortua, non exstantibus filiis, cum solis nepotibus vel neptibus ex hac lege ad emolumentum vocandus est, si unus vel una pluresvo nepotes ex filio uno vel pluribus, qui in potestate defecerunt, procreati sunt, hoc iure utatur, quod de filiis constitutum est. Nam licet hoc novum praesens lex constituat in nepotes, non est tamen ab re, ut in hoc casu deteriores esse nepotibus filii non sinantur. Habeat igitur avus veniens cum nepotibus in potestate durantibus usumfructum bonorum omnium, quae ex defunctae aviae successione delata sunt. Quum vero his quoque libertatem emancipatione largitur, similiter et ab ipsis, sicut de filiis constitutum est, praemium manumissionis accipiat, vel, si ex pluribus alteros manumittit alteros retinet, ex parte manumissorum legitimum praemium, ex parte vero in potestate manentium retineat usumfructum. §. 3. Quodsi nepotes sint neptesve aut ex emancipato filio aut ex filia procreati, aut ab ipso avia vivente sacris dimissi, idem avus virilis cum ipsis portionis habeat usumfructum. Si vero ex nepotibus neptibusve tempore, quo in aviae successionem vocantur, alii in avi sunt potestate, id est mariti defunctae, alii sui iuris sunt, circa personas quidem eorum, qui in potestate consistunt, et in usufructu consequendo et in emancipationis praemio conquirendo ratio supradicta servetur; in his vero, qui sui iuris sunt, facultas capiendi ususfructus virilis inter eos portionis habeatur. §. 4. Eadem autem et de pronepotibus utriusque sexus sancimus, manente definitione, quae de singulis sancita est, si filii sint pariter ac nepotes.

stanza di questa costituzione è la seguente. Quando muore la moglie lasciando, oltre al marito, comuni discendenti di qualunque grado, bisogna notare se questi discendenti siano o no sotto la potestà del vedovo. Secondo i principii stabiliti, nel primo caso il marito superstite avrà tutto l' usufrutto (§. 121). Nell'altro caso che i discendenti succedenti alla madre non fossero sotto la sua potestà o perchè emancipati, o perchè non vi siano stati mai, come i nipoti figli delle figlie, o i figli de' figli procreati dopo l' emancipazione, il vedovo riceverà solamente l' usufrutto di una virile porzione, proporzionatamente così:

aa) Se i comuni discendenti sono figli in primo grado e tutti non sono sotto la patria potestà del vedovo, questi riceverà l'usufrutto di una porzione p. e. di $^1/_5$ del patrimonio se i figli sono quattro tutti emancipati; se all' incontro di questi quattro figliuoli due fossero emancipati e due ancora sotto la patria potestà, al vedovo andrà tutto l' usufrutto sull'eredità spettata ai due che ha in potestà, e l'usufrutto di una porzione virile sull' eredità spettata agli emancipati, ossia di $^1/_3$.

bb) Quando i comuni discendenti sono nipoti, tutti od alcuni, l' avo deve avere anche l' usufrutto di una porzione virile, proporzionata come sopra tanto che si trovassero solamente nipoti nati da un figlio, quanto nipoti di diverse stirpi (c).

c) Finalmente la moglie povera superstite: ma di lei sarà trattato nella teoria della successione straordinaria.

§. 225.

b) Ordine II. Ascendenti e fratelli germani.

In quest' ordine succedono gli ascendenti; i germani e le germane, ed i nipoti figli loro.

Giustiniano ordinò che in concorrenza gli ascendenti escludevano i nipoti i quali poteano concorrere solamente coi germani, o succedere soli quando mancavano ascendenti e germani (a).

Questa disposizione fu mutata più tardi dallo stesso legislatore, determinando che i nipoti potevano concorrere con gli ascendenti, quando nella concorrenza vi fossero anche i germani (b).

In questa novella costituzione si tace del caso che i nipoti soli concorressero con gli ascendenti, si è ritenuto quindi che in questo caso l'ul-

(c) L. 3. C. de bon. matern. — Ved. not. (o).
(a) Nov. 118. c. 3.
(b) Nov. 127.

tima decisione non abbia mutato la regola della Nov. 118, la quale esclude i nipoti dalla concorrenza coi soli ascendenti. Ma una più benigna interpetrazione ha estesa la Nov. 127 che ammette la concorrenza dei nipoti coi germani ed ascendenti anche al caso che nel concorso manchino i germani.

Le regole della divisione di eredità per quest' ordine sono le seguenti:

a) Se vi sono solamente ascendenti, il più prossimo di grado esclude il più remoto: se sono ascendenti del medesimo grado e della medesima linea succedono *in capita*; ma se alcuni appartengono alla linea paterna, altri alla materna, la successione sarà per linea (c), e più eredi di una linea e di egual grado ricevono le porzioni *in capita*.

b) Se vi sono solamente germani, la successione sarà *in capita*.

c) Nel caso che vi fossero solamente nipoti vi è stata tra i glossatori controversia (1); ma negli ultimi tempi si è opinato piuttosto per la divisione *in capita*.

d) Se concorrono ascendenti e germani, la successione sarà ancora *in capita*. In questo caso pure come sempre succedono fra gli ascendenti i più prossimi di grado.

e) Se concorrono germani e nipoti la successione sarà *in stirpes*.

f) Finalmente se concorrono ascendenti, germani e nipoti la successione sarà per gli ascendenti e germani *in capita* e pei nipoti *in stirpes* (d) (2).

ANNOTAZIONI

(1) Celebre fu la controversia tra *Azone* ed *Accursio* sul dubbio, se i nipoti che ereditano senza concorrenza di altri collaterali o ascendenti dallo zio succedano *in capita* o *in stirpes*. *Azone* seguito da molti (e) ammetteva la successione *in capita*, perchè così era risoluto avanti Giustiniano il quale con la Nov. 118 punto non mutò il diritto precedente su questo caso. Contrariamente *Accursio* tenne per la successione *in stirpes*, come quella che unicamente corrisponde allo spirito della Novella citata: opinione seguita dalla maggior parte dei giureconsulti. Finalmente oltre a queste due opinioni opposte si è formata una opinione di mezzo, secondo la quale se oltre i nipoti concorrano altri collaterali di secondo o terzo grado, come fratelli unilaterali, zii e zie del defunto, la successione sarà *in stirpes*; nel caso contrario *in capita*.

Questa controversia è di una grande importanza presso di noi; a voler essere concordi co' principii parrebbe che la opinione più fondata fosse quella che difende la successione *in stirpes;* poichè se Giustiniano ha voluto chiamare i nipoti alla suc-

(c) Nov. 118. c. 2.

(d) Nov. 118. c. 3.

(e) Ved. *Rogerius*, de succ. legit. c. 12. §. 22.

cessione come i nuturali sostituti del padre, logica è l' opinione di Accursio. Dall' altra parte non è men vero che queste persone succedono *iure proprio* e non *iure praedefuncti parentis*; onde essendo tutti del medesimo grado non è senza molta ragione che la successione segua *in capita*. Aggiungasi che qualche moderna legislazione ha ritenuta quest' opinione più mite di *Azone*, sancita pure da una decisione della dieta di Spira del 1529.

(2) Controversa è ancora la successione al peculio avventizio del figlio di famiglia. Prima della legislazione giustinianea la successione era determinata in questa guisa: prima i discendenti, dopo la madre e finalmente i fratelli; in mancanza di tutti, il padre, il quale poi in ogni caso manteneva per sè l' usufrutto. In luogo di questa successione Giustiniano ordinò nella Nov. 118 che se qualcuno morisse senza discendenti, la successione sia devoluta al suo prossimo parente ed ai suoi fratelli e sorelle bilaterali « *nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi vendicare* »; poichè invece di questo usufrutto il padre riceve una parte della successione in proprietà.

Secondo la Novella adunque è certo che il padre di famiglia non acquista usufrutto sulla porzione dei coeredi fratelli del defunto che trovansi sotto la sua potestà; ma è molto controverso se al padre stesso rimane l' usufrutto ch' egli godeva durante la vita del figliuolo. Alcuni giuristi affermano l'usufrutto del padre, 1) poichè così era prima della Novella 118; 2) poichè Giustiniano ha proibito solamente l'acquisto di un nuovo usufrutto; 3) poichè secondo le regole di diritto l'usufrutto si estingue non per la morte del proprietario, ma sibbene per quella dell'usufruttuario (f).

Altri al contrario opinano che il padre perde l' usufrutto, quando concorre coi fratelli del figliuolo defunto, ma lo ritiene sulla porzione devoluta alla madre coerede, poichè ciò è detto espressamente in una legge del Senatoconsulto Tertulliano (g), punto non abolita dalla Novella 118 (h).

Ma la maggior parte dei giuristi moderni si sono dichiarati contro entrambe le opinioni; ed affermano la perdita totale dell' usufrutto sia che il padre concorra coi fratelli sia con la madre del defunto (i).

Quest' ultima opinione è la più esatta.

Anche l' interpretazione grammaticale dà questo risultato, in quanto che Giustiniano dice che il padre non potrà far valere l' usufrutto sopra nessuna delle porzioni dei coeredi. Oltracciò non è punto esatto che l' usufrutto si estingue con la morte dell' usufruttuario come nella teoria generale così in questo caso; poichè qui si tratta dell' usufrutto sul peculio avventizio il quale non cessa generalmente con la morte del padre, ma con la estinzione della patria potestà.

Che questo usufrutto prima della Novella 118 rimaneva al padre dopo la morte del figliuolo era una singolarità, ed un compenso alla perdita che il padre faceva nella successione; ma avendogli l'ultima riforma concesso il diritto di eredità e per conseguenza la proprietà di una porzione, cessa il bisogno di quel compenso. Raf-

(f) *Gluck*, successione intest. §. 174. — *Rosshirt*, diritto di suc. pag. 339. — *Lohr.* archivio civile X. pag. 165. — *Marezoll*, giorn. di Giessen, XIV. pag. 206. — *Zimmern*, Storia del diritto I. §. 190. — *Puchta*, Pand. §. 436. n. ecc.

(g) *Wening*, comp. §. 434, 438. — *Seufferl*, comp. §. 488.

(b) L. 7. §. 1. C. ad SC. Tertull.

(i) *Muhlenbruch* §. 569. n. 8.

forza la nostra opinione Giuliano in *Epit.* Nov. const. 394, in cui dice espressamente « ut tamen pater usufructum patris ad filium vel filiam pertinentis *nullam habent*, « *sed pleno iure apud filium vel filiam maneat* ». Nè diversamente i Bizantini interpretavano il passo di Giustiniano (k).

Quanto si è detto del padre vale ancora per l'avo, quando eredita; se no, quando p. e. viene escluso dalla madre del defunto, devesi per gli stessi motivi di diritto riconoscere che gli permane l' usufrutto già esistente.

§. 226.

c) Ordine III. Fratelli e sorelle unilaterali e figli.

Nel terzo ordine succedono i fratelli e le sorelle unilaterali, cioè coloro che hanno comune col defunto un solo genitore. Costoro succedono indistintamente *in capita.*

Concorrendo i figliuoli di un fratello o di una sorella premorta, questi succederanno *in stirpes:* e loro si applicano in generale i principii già esposti nell' ordine precedente (a).

ANNOTAZIONE

Nei tempi andati era una abbastanza sparsa opinione la seguente, seguita ancora da qualche moderno giurista. Quando qualcuno muore lasciando fratelli uterini e consanguinei, si deve risalire alla origine dei beni, e il patrimonio paterno sarà diviso *in capita* tra i consanguinei, il materno egualmente *in capita* tra gli uterini (b). Questa opinione non solo menerebbe in pratica a gravi inconvenienze, è opposta ancora alla lettera e allo spirito della Nov. 118.

L' argomento di coloro i quali sostengono la teoria della origine de' beni è che questa singolarità del diritto anteriore alla Nov. 118, non fu tocca dalla riforma, e per conseguenza è rimasto l'antico principio sull' origine de' beni.

Anzi tutto non è esatto che prima della Novella 118 esistesse una tale singolarità, e quantunque la legge 2. C. *de legit. hered.* (6. 58.) dica *fratres et sorores ex eadem matre* sono chiamati alla eredità materna, e sembra che gli uterini sieno preferiti in questo caso ai consanguinei, pure in quelle parole debbonsi intendere piuttosto i germani che gli uterini, come dal complesso della legge facilmente si può scorgere; tanto più che gli uterini ebbero la successione tra gli agnati due anni dopo (c).

(k) Ved. Incert. fragm. ad Novell. Iust.—*Heimbach*, annecdot. I. P. 266. fragm. VIII.—*Athan.* de Novell. Inst. Tit. IX. const. 10. (V. *Heinb.* cit. p. 104.).—*Basilii*, prochir. tit. 30. C. 6. (edit. *Zacchariae* pag. 156.).—*Schol. Basil.* libr. 45. tit. 3. (ed. *Fabr.* VI. p. 103. sch. 6.—*Heinbach*, IV. pag. 524. sch. 5.).

(a) Nov. 118. c. 3.

(b) Vedi questa teor. di *Glück* v. c. doctr. Pand. 2. ed Ill. §. 455. Questa opinione fu da lui più tardi modificata.

(c) L. 15. §. 2. eod.

Posto pure che fosse vera quella regola, essa è stata completamente abolita dalla Nov. 118, per la ragione che questa non è solamente una legge di correzione, ma una riforma totale della successione: di guisa che le determinazioni del diritto anteriore possono avere valore in quanto espressamente e nello spirito della novella legge sono state confermate. Nel nostro caso non solo manca una simile conferma, ma tanto gli uterini quanto i consanguinei sono stati con egual diritto chiamati nel terzo ordine « ad hereditatem vocamus qui ex uno parente coniuncti sunt sive per « patrem solum sive per matrem ». Per lo che è d'uopo stare al principio, che i consanguinei e gli uterini ereditano ugualmente il patrimonio del defunto, senza distinzione sulla origine de' beni, e che la successione sarà per tutti *in capita* (d).

§. 227.

d) Ordine IV. Altri parenti.

Finalmente in quest' ultimo ordine succedono tutti gli altri parenti collaterali senza limite di grado, e senza distinzione se parenti bilaterali ovvero unilaterali. In questa successione il più prossimo esclude il più remoto; più parenti di egual grado succedono *in capita.*

§. 228.

e) Della successio ordinum et graduum.

Gli ordini successorii stanno in tale relazione tra loro, che i parenti dell'ordine posteriore sono esclusi dalla successione fino a che quelli dell' anteriore possono diventare eredi; ma quando è certo che tutti dell'ordine precedente non ereditano, allora vien chiamato l'ordine seguente. Una tale successione è detta *successio ordinum.* In uno stesso ordine si può trovare un'altra specie di successione, la *successio graduum* propriamente, quando un parente di un grado più prossimo esclude quello di un grado più remoto, il quale non potrà ereditare fintanto che tra lui ed il defunto avvi un altro più vicino di parentela.

Tanto l'una quanto l'altra successione han luogo nell'eredità *ab intestato* dopo come prima della Novella 118; si ha la *successio ordinum* per tutti i quattro ordini: la *successio graduum* manifestamente nel secondo ordine per gli ascendenti, nel quarto per tutti i parenti: nel primo pei discendenti allontanati dalla successione dell' avo dal padre, nel secondo e

(d) *Vangerow*, o. c. §. 147.—Ved. anc. *Mühlenbruch* §. 635.—*Wening* §. 436.—*Puchta*, Pand. §. 400. not. e.—*Goeschen*, §. 927.—*Thibaut*, diss. civ. pag. 115.— *Glück*, succ. int. p. 710.—*Rosshir*, diritto di succ. pag. 372.

nel terzo pei nipoti collaterali esclusi dalla successione de'loro zii, quando s'interpone il padre che è di un grado più prossimo al defunto.

Il principio in fine che regola la *successio graduum* è il seguente: quando manca il primo chiamato alla successione, eredita il parente che sussegue nello stesso ordine, quello cioè che sarebbe stato chiamato fin dal principio, se tra lui ed il defunto non si fosse interposto quegli che più non esiste.

ANNOTAZIONE

Il *Puchta* restringe la *successio graduum* al secondo ordine e all'ultimo, poichè solo in quello per gli ascendenti e nel quarto per tutti, si applica la massima che il grado più prossimo esclude il più rimoto; quandochè pe' discendenti e pel terzo ordine havvi la sola *successio ordinum* (a).

Una tale opinione dipende dal significato troppo ristretto dato alla *successio graduum:* davvero i Romani non facevano distinzione tra queste due specie di successioni, e nell'editto successorio troviamo consacrato generalmente la massima: che quando il primo chiamato non riconosce la B. P. nel tempo determinato, dev'essere chiamato l'altro, come se il primo non vi fosse stato (b).

Ora applicata questa massima dell'editto successorio non vi è ragione perchè non s'applichi perfettamente anche ai discendenti nipoti del primo ordine, ed ai nipoti collaterali del secondo e del terzo.

Tutti i nipoti in generale vengono esclusi dai loro genitori, uscendo i quali dalla successione, vengono chiamati essi, ed ereditano *iure proprio*. È inutile di ribattere l'argomentazione del *Puchta*, che i discendenti, quando tra il defunto ed essi vi è un'altra persona al momento che s'apre l'eredità, non hanno diritto alla successione secondo la Nov. 118; e che in questo caso la successione de' discendenti come era nel diritto antico della *bon. poss. unde liberi* è impossibile: imperocchè invece secondo lo spirito e la lettera della Nov. 118, tutti i discendenti, per questa qualità, sono chiamati a succedere nel primo ordine; hanno un diritto proprio di successione; e la circostanza che tra essi e il defunto vi è un altro discendente più prossimo non toglie nulla dal loro diritto, ma determina solo l'ordine di successione. Però Giustiniano poteva benissimo dire, che quando qualcuno moriva lasciando discendenti, questi, di qualunque grado, dovevano essere preferiti agli ascendenti ed ai collaterali: il che non potrebbe accordarsi con l'argomento del *Puchta* (c).

Questa questione si riproduce quando si guarda un altro lato della medesima teorica: cioè se la *successio graduum* ha luogo quando mancano tutti i primi chiamati, ovvero ancora quando ne manchi uno od alcuni, o con altre parole: la porzione di chi manca fra più chiamati è devoluta a' coeredi del medesimo grado in forza del *ius accrescendi*, ovvero per mezzo della *successio graduum* va a colui ch'era stato escluso da chi ora viene a mancare?

La comune opinione fino agli ultimi tempi ha sostenuto il diritto di accrescere

(a) *Puchta*, Pand. §. 458. not. e.—Lezioni, II. pag. 319.

(b) L. 1. §. 10. de succ. edict. (38. 9.).

(c) *Vangerow*, o. c. II. §. 420.— *Anrdts*, Pand. §. 478.—*Haimb.* dr. rom. pur. §. 305.

tra i coeredi; ultimamente è sorta nondimeno un'altra opinione che ha data la preferenza alla *successio graduum* (d).

Traducendo questa controversia in esempii, questi sarebbero i seguenti:

1) Quando l'eredità è stata deferita a più figli, ed uno di essi prima di acquistare la sua porzione muore lasciando figli, ossia nipoti del defunto da cui si eredita, secondo la prima opinione i nipoti vengono esclusi, e la porzione si accresce agli altri fratelli, secondo l'altra, quella porzione non si accresce, ma è devoluta ai figli di colui che per morte è mancato alla eredità.

2) Quando alcuno muore lasciando un fratello, il padre e l'avo, e dopo la delazione muore il padre; secondo la prima teoria il fratello riceve tutto ed è escluso l'avo; secondo l'altra la porzione del padre è devoluta all'avo.

3) Quando l'eredità dal principio è deferita ad un fratello e ad un nipote, e dopo muore il fratello; secondo la prima opinione il figlio del fratello defunto sarebbe escluso dalla successione; secondo l'altra raccoglierebbe la porzione di suo padre.

Dopo uno studio accurato pare che la prima opinione, che fa prevalere il *ius accrescendi* è la più giusta. Il ragionamento di coloro che sostengono l'opinione contraria si compendia così: il diritto di accrescimento per sua natura è sussidiario, e si giustifica massimamente da ciò, che il patrimonio del defunto non può essere ereditato in parte. Necessario era nel diritto anteriore alla Nov. 118 nella mancanza parziale dei chiamati in primo luogo, non riconoscendo allora il diritto civile una *successio graduum*, e non ammettendola il diritto pretorio che nell'ordine dei cognati, nel quale era impossibile una *successio* in caso di parziale mancanza, decidendo la prossimità del grado, e per conseguenza il susseguente veniva escluso dal grado anteriore rimasto; cessa di esser tale per la Nov. 118, secondo cui bisogna riconoscere una generale *successio graduum*. Il diritto di accrescimento quindi non ha luogo ora, chè per tale *successio* ed in forza di un diritto di essere chiamato alla eredità può acquistarsi la porzione vacante.

Questa teoria sul carattere del diritto di accrescimento non regge; fondamento di questo diritto è invece il principio che qualunque delazione di eredità dà diritto su tutto il patrimonio ereditario: che questo diritto viene ristretto alle porzioni dagli eguali diritti dei coeredi; e che di conseguenza quando uno de' coeredi viene a mancare, il diritto di chi resta erede si estende *issofatto* sulla porzione vacante. Ora la *successio graduum* è capo di una nuova delazione, la quale dal principio non era neppure eventuale, anzi contrasta per essenza al diritto, niente affatto sussidiario, che ciascun erede virtualmente ha d'impossessarsi delle porzioni lasciate libere dai coeredi. Devesi conchiudere che alla *successio graduum* punto non mena la mancanza parziale dei coeredi, non potendosi ad altri deferire nessuna parte del patrimonio che gli eredi rimasti in quel grado per diritto proprio esauriscono.

Credono gli avversarii argomentare vittoriosamente dalla legge 2. §. 18. *ad SC. Tertull.* (38. 16.), la quale tratta di un caso, in cui secondo l'antico diritto civile vi è una specie di *successio graduum*, e che, secondo gli avversarii, pruova abbastanza contro il diritto di accrescimento. Questa legge viene spiegata dal *Franke* così: se l'eredità alla madre e alla sorella consanguinea è già deferita, e rinunzia l'ultima, siegue una novella delazione al padre, escluso prima dalla sorella; non in virtù

(d) Ved. *Franke*, diss. 167.—*Mayer*, diritto di accrescimento pag. 284.—*Lo stesso*, diritto di successione. I. §. 65. — *Hunger*, diritto di successione. §. 130.— *Wening*. §. 439.

del SC. Tertulliano, ma nell'ordine *unde cognati*. Questa decisione contrarierebbe la nostra opinione, secondo cui dopo l'uscita della sorella una nuova delazione al padre sarebbe impossibile, e la madre dovrebbe ricevere tutto in forza del diritto di accrescere. Ma l'argomentazione contraria non ha valore, giacchè nel caso di Ulpiano in questa legge l'eredità non è deferita alla madre, finchè la sorella consanguinea non si risolva; ciò si rileva non solo dalle parole di Ulpiano *(expectaturam)*, ma ancora dalle disposizioni del senato consulto Tertulliano il quale sancisce la eredità del figlio allora essere deferita alla madre, quando il padre non eredita; il che dipende dalla risoluzione della sorella consanguinea. Dunque in questo caso non avendo la madre, a cui non ancora è deferita l'eredità, diritto di accrescere a sè la porzione rinunziata dalla sorella, cadono tutte le conseguenze che il *Franke* trae in favore della *successio graduum*.

In conchiusione diciamo, che nell'ultimo diritto Giustinianeo ha luogo la *successio ordinum et graduum*, allora solo quando o mancano tutti i chiamati in un ordine, e succede l'ordine seguente: o mancano tutti i chiamati in un grado, e succede il grado seguente. Ma all'incontro quando uno o alcuni dello stesso grado o dello stesso ordine mancano e restano altri, purchè non sia caso di trasmissione, la porzione di colui che viene a mancare aumenta quelle degli altri coeredi in forza del diritto di accrescimento (e).

Stando alla nostra teoria è chiaro che la divisione della eredità per porzioni segue nel momento della delazione e non dell'acquisto.

§. 229.

D. Della successione straordinaria.

I. La successione straordinaria può derivare dal matrimonio: che se in generale l' affinità non costituisce fondamento alla successione, il diritto pretorio pure concesse un diritto di eredità al coniuge superstite nell' ultimo ordine (a). Oltre a ciò la riforma giustinianea alla vedova povera ha concesso un limitato diritto di successione sul patrimonio del coniuge defunto e propriamente il quarto. Se la vedova concorre con più di tre figli del defunto, non avrà diritto che ad una porzione virile, computando sempre i discendenti del medesimo stipite per una persona sola (*successio in stirpes*). Ella deve sempre imputare nella sua porzione quello che il marito le ha legato. Se concorre con figli proprii, riceverà l' usufrutto sulle loro porzioni, rimanendone a quelli la proprietà. È con-

(e) Ved. *Vangerow*, §. 420. — ved. anc. *Glück*, o. c. §. 160.— *Rosshirt*, e. pag. 409. — *Baumeister*, diritto di accrescere pag. 26. 35. — *Büchel*, quist. pag. 82. — *Thibaut*, sist. §. 855. — *Schweppe*, comp. §. 880. — *Mackeldey*, §. 619.—*Mühlenbruch*, §. 632.—*Puchta*, pand. 458.

(a) L. 7. C. comm. de success. (6. 59.). *Dioclet.* et *Maxim.* Affinitatis iure nulla successio promittitur.

dizione indispensabile che la vedova sia vissuta col defunto in un legittimo matrimonio fino al momento della sua morte (b).

II. Può derivare dalla cura di un demente. Se il demente fu trascurato dai proprii parenti legittimi, non ostante l' avviso loro dato, colui, che n' ebbe cura e lo sostentò a proprie spese fino alla morte, succederà ad esclusione di tutti gli eredi legittimi od anche testamentarii (c).

III. Può derivare per privilegio in favore di alcuni corpi morali, quando nessuno potrà o vorrà accettare la eredità de' loro componenti: privilegio che fa prevalere il corpo morale al fisco che dovrebbe impossessarsi dell' eredità vacante. Così:

1) le chiese ed i conventi ereditano dai loro chierici e monaci (d);

2) la legione dai soldati (e);

3) le comunità dei decurioni, coortali, armaiuoli dai loro membri (f);

IV. Può derivare dalla liberalità del principe. Quando questi ha donato cose a più persone, se una di essa muore senza eredi, le altre ereditano il resto delle cose donate; ma questa successione straordinaria essendo di *singulae res* è da riguardarsi piuttosto come un legato per leggc (g).

V. Finalmente quando non vi è alcuno ch' eredita, la successione è

(b) Nov. 117. c. 5. — conf. Nov. 55.

(e) Nov. 115. c. 3. §. 12.

(d) L. 20. C. de episcop. et cler. (1. 3.). *Theod.* et *Valent.* Si qnis presbyter, aut diaconus, aut diaconissa, sen subdiacouns, vel cuiuslibet alterius loci clericus, aut monacbus, aut mulier, quae solitariae vitae dedita est, nullo condito testamento decesserit, nec el parentes utriusque sexus, vel liberi, vel si qui agnationis cognatiouisve iure iunguntur, vel nxor extiterit, bona, quae ad eum vel ad cam pertinuernnt, sacrosanctae ecclesiae vel monasterio, cui forte fuerat destinatns aut destinata, omnifariam aocientur; exceptis iis facultatibns, qnas forte censibus adscripti, vel iuri patrouatns subiecti, vel curiali conditioni obnoxii rlerici vel monacbl cninscunqne sexus relinqunnt. Neque enim iustum est, bona scu peculia, qnse snt patrono legibus debentnr, aut domino possessionis, cni quis eorum fuerat adscriptus, sut ad curias pro tenore dudnm latae constitutionis sub certa forma pertinere noscuntur, sb ecclesiis ant monasteriis detiueri; actionibus videlicet competentibus sacrosanctis ecclesiis vel monasteriis reservatis, si quis forte praedictis eonditionibns obnoxins, aut ex gestis negotiis, ant ex qnlbuslibet aliis ecclesiasticis actionibus obligatus obierit. — Nov. 5. c. 5. — Nov. 131. c. 13.

(e) L. 6. §. 7. de iniusto rupt. irr. test. (28. 3.). — L. 2. C. de ber. dec. (6. 62.). *Constant.* Universis tam legionibus qusm vexillationibus comitatensibns sen cuncis insinuare debebis, ut coguoscant, qnum aliqnis fuerit rebus hnmanis exemtus, atque intestatus sine legitimo berede decesserit, ad vexillatlonem, in qna militaverit, res einsdem necessario pervenire.

(f) L. 1. 3-5. C. eod. *Constant.* Si qnis eobortali conditione gravatns sine testamento vel qnolibet successore ultimum diem obierit, successionem eius uon ad fiscum, sed ad ceteros cobortales eiusdem provinciae pertinere iubemus.

(g) L. un. C. si liberalit. imper. (10. 14.). *Constant.* Iubemus, ut si quis forte ex his, quibus communiter a uobis aliquid donatum sit, uullo berede relicto decesserit, ad cousortem potius solatium, quam ad persouam aliam pars decedentis perveuiat.

devoluta al fisco; naturalmente premessa la citazione agli eredi che vi potessero essere. Il fisco, che in questo caso entra nella eredità, assume gli obblighi della medesima e deve adempiere tutti i debiti, i legati e fidecomessi ordinati in un codicillo *ab intestato* (h). Il suo diritto va soggetto a prescrizione; se non gliene fu dato avviso, dopo quattro anni dal momento che l'eredità divenne giacente; per lo che dopo questo tempo il possessore di essa per qualunque titolo ne acquista irrevocabilmente la proprietà (i): se n'ebbe notizia, dopo trent' anni.

APPENDICE XII.

Le leggi prefissano a raccogliere l'eredità di persona morta senza disporne i componenti della famiglia nell'ordine del suo naturale svolgimento. Regolandosi adunque la successione *ab intestato* sulle leggi costitutive della famiglia, muta secondo queste. La quale deduzione è confermata dalla storia del diritto.

I. Le XII Tavole stabiliscono quest' ordine di successione. In primo luogo succedono i *sui*, in secondo gli agnati, e quindi, se anche questi mancassero, in ultimo luogo succedeva la *gens*.

Si appellavano *sui* coloro che erano soggetti alla patria potestà del defunto o alla sua *manus*, dalla quale si liberavano per mezzo della morte. Nel primo ordine vengono chiamati tutti senza distinzione di sesso o di grado, e per conseguenza:

1) i figliuoli procreati in un legittimo matrimonio; 2) i legittimati; 3) gli adottati; 4) la donna soggetta alla *manus;* in quest'ordine succedeva anche la moglie del figlio sottoposta alla potestà del padre; 5) il figlio *ex prima mancipatione manumissus*; 6) finalmente il figliuolo che ritorna *iure postliminii*. Questo primo ordine non poteva aver luogo alla morte di una donna: non potendo essa avere la *patria potestas*, non avea *sui;* per lo che erano chiamati gli agnati.

In questo secondo ordine era principio che il più prossimo di grado escludeva il più rimoto: le donne non ereditavano come gli altri agnati, ma per legge delle XII Tavole non potevano essere chiamate *ultra consanguinitatis gradum*; disposizione che come Paolo insegna era fatta sulla ragione della legge Voconia (*voconia ratio*) (a).

(h) L. 1. 4. 5. C. de bon. vacant. (10. 10.). *Honor.* et *Theod.* Vacantia mortuorum bona tunc ad fiscum iubemus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea vel iuris titulo legitimum reliquerit intestatus heredem.—L. 11. de iure fisci (49. 14.).—L. 114. §. 2. de legatis (30) N. 1. c. 1. §. 3.

(i) L. 1. 6. de quatrien. praescr. (7. 37.). *Constant.* Notum est, a fisco quaestionem post quadriennium continuum super bonis vacantibus incohandam non esse. Additum etiam est, et eos, qui nostra largitate nituntur, nulla inquietudine lacessendos, nec his a fisco nostro controversiam commovendam, qui quoquo modo aut titolo easdem res possiderint.—§. 9. Inst. de usuc. (2. 6.). Res fisci nostri usucapi non potest. Sed Papinianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondum nunciatis, bona fide emtorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse; et ita divus Pius et divi Severus et Antoninus rescripserunt.—L. 1. §. 2. de iure fisci (49. 14.).

(a) Ved. *Gai.* Inst. III. §. 2. 6. 7. 8. 15. 18. 24. — *Ulp.* fragm. XXVI. Paul. receptae sent. IV. 8. §. 22.

In terzo luogo, in mancanza di agnati, l'eredità era devoluta ai gentili, ma nella sola successione dei patrizii. Quest'ordine venne totalmente a mancare verso la fine della republica, per conseguenza se non vi erano successioni nel secondo ordine, l'eredità si dichiarava vacante (b).

È superfluo notare che per aver luogo tale successione il defunto deve essere *civis romanus*, poichè a questa sola condizione si potevano avere *sui* ed *agnati;* che dev' essere *paterfamilias*, poichè il *filiusfamilias* non avendo patrimonio a sè, non poteva avere neppure successione.

Lo schiavo manomesso o il liberto non usciva del tutto dalle relazioni col suo patrono, anzi in analogia dei legami di famiglia vi era tra lui e la famiglia del patrono una parentela civile. Per lo che alla morte del liberto si apriva la successione, ed in primo luogo erano chiamati i *sui*, quindi il patrono e la patrona e loro discendenti in qualità di agnati. La *capitis deminutio minima* spezzando il legame di agnazione, toglieva al patrono il diritto alla successione del suo liberto; fu proibita perciò l' arrogazione di un liberto (c). Secondo il principio del diritto romano che la donna non avea *sui*, alla liberta succedeva sempre il patrono in qualità di agnato. Finalmente in mancanza erano chiamati i gentili a questa successione (d).

Se il manomesso addiveniva cittadino eranvi le seguenti disposizioni. I *latini iuniani* non avevano successione; prima della legge Giuliana Norbana essi erano schiavi di diritto, furono fatti liberi, ma morivano sempre da schiavi, per conseguenza tutti i loro beni erano devoluti al patrono o ai suoi figli. Tutto ciò fu modificato dal senatoconsulto Largiano, in quanto che i figliuoli del liberto ebbero preferenza sugli eredi estranei de' latini, cosicchè oltre al patrono e discendenti, si riconobbe anche agli estranei il diritto di successione a siffatte persone (e).

In analogia del patrono col liberto si è riconosciuto un diritto di successione al *parens manumissor*, ossia a colui che manometteva un *caput in mancipio*.

Le *virgines vestales* non avevano diritto nè di ereditare nè di essere ereditate; la loro successione era devoluta all' erario (f).

II. Questa successione venne sotto l' impero modificata in qualche parte.

Dopo che per lo svolgimento della teoria del peculio il figlio addivenne proprietario di alcuni beni (§§. 120. 121.) venne di conseguenza a modificarsi la successione.

Secondo la successione anteriore la madre allora poteva ereditare dal figliuolo quando essa medesima era sotto la *manus* del marito, e per conseguenza considerata come consanguinca di suo figlio. Nel diritto pretorio, come or ora vedremo, la madre fu collocata dopo gli agnati nell' ordine de' cognati. Un senato consulto sotto Adriano, conosciuto col nome di SC. Tertulliano, modificò queste relazioni in modo da stabilire che la donna che avesse il *ius trium (ingenua) vel quatuor liberorum* potesse ereditare dal proprio figliuolo (g).

Con tutto ciò ella era esclusa dalla successione:

1) Dai figli del figliuolo defunto, ed in seguito al SC. Orfiziano per costituzioni

(b) *Gai.* III. 17.

(c) L. 15. §. 3. de adopt. (1. 7.). — *Ulp.* frag. XXVII.

(d) L. 195. §. 1. de V. S. (50. 16.).

(e) *Gai.* Inst. III. 55-71.

(f) Gell. N. A. I. 12.

(g) §. 3. Inst. SC. Tert. (3. 3.). — L. 2. §. 6. seqq. ad SC. un Tertull. (38. 17.). — L. 4. C. ad SC. Orph. (6. 57.). — L. 11. C. de suis et leg. lib. (6. 55.).

imperiali dai figli di una predefunta figlia (h); 2) dal padre naturale del defunto; 3) dal fratello consanguineo del defunto. Concorre con la sorella consanguinea la madre (i).

Tutte queste persone allora escludono la madre quando pervengono di fatti alla eredità, non quando rinunciano, si astengono, o si lasciano restituire in intiero nè quando non possono pervenire alla eredità per regola di diritto civile. Così se qualcuno muore lasciando la madre, una sorella consanguinea ed il padre adottato o emancipato, il padre in questo caso essendo cognato e non agnato del figlio, succede secondo il diritto pretorio nell'ordine *unde cognati*, e non esclude la madre dalla successione del figlio ex SC. Tertulliano, purchè la sorella consanguinea ripudia la eredità; se accetta, la madre concorrerà col marito nell'ordine *unde cognati* del diritto pretorio (k). La delazione dell'eredità del figlio alla madre è in questo caso sospesa finchè la sorella non si decida (l).

Cambiata l'antica successione della madre rispetto al figlio, fu necessario cambiare quella del figlio rispetto alla madre *(iura successionis sunt reciproca)*.

Il figliuolo per diritto civile non ereditava dalla madre; e secondo il diritto pretorio ereditava nell'ordine *unde cognati*.

Il SC. Orfiziano sotto M. Aurelio cambiò questa successione nel senso che i figliuoli le succedevano escludendo i consanguinei ed i prossimi agnati della madre; lasciato solo al patrono di una liberta il diritto di concorrere coi figliuoli di lei (m).

È totalmente indifferente in questa successione che i figliuoli siano legittimi o naturali (n).

III. Questo era il sistema di successione secondo il diritto civile. Vedemmo in altro luogo (§. 217.) come si costituì per opera de'Pretori un altro sistema di succedere con tutte le partizioni del sistema del diritto civile: esamineremo qui dunque la *bonorum possessio ab intestato*.

Nella *bonorum possessio ab intestato* il pretore fissò quest'ordine:

1) *Bon. poss. unde liberi*. Data ai *sui*, tra i quali il pretore per finzione annoverò anche gli emancipati, onde sostituì il nome più generico di *liberi* a quello spe-

(h) §. 3. Inst. de SC. Tert. (3. 3.).—ved. not. prec.—L. 2. §. 15. L. 3. b. t. (38. 17.). — L. 10. de snis et leg. hered. (39. 16.). — L. 2. C. h. t.

(i) §. 3. Inst. b. t.—ved. not. (g). — L. 7. C. h. t.

(k) *Paul*. IV. 9.—*Ulp*. XXVI. 8. §. 2.—T. Inst. SC. Tertull. (3. 3.).

(l) L. 2. §. 18. b. t. *Ulp* Si sit consanguinea soror defuncti, sit et mater, sit et pater adoptatns, vel emancipatns, si consangninea velit habere hereditatem, matrem ex Senatnsconsnlto nna cum ea venire, patrem excludi placet; si consanguinea repndiet, matrem ex Senatnsconsnlto propter patrem non venire, et quamvis alias non soleat mater exspectare consangnineam, velit, nécne adire hereditatem, nnne tamen exspectatnram; consangninea enim est, quae patrem excludit. Repudiante igitur consangninea bonorum possessionem habebit mater cum patre, quasi cognata; sed et in hac moram patietur, nec ante accipiat bonorum possessionem, quam pater petierit, quoniam omittente eo potest ex Senatusconsulto succedere.

(m) Per contrarium autem, ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, Senatusconsulto Orphitiano, Orphito et Rufo consulibus, effectum est, quod latum est divi Marci temporibus; et data est tam filio quam filiae legittima hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sunt, et praeferuntur consanguineis et agnatis defunctae matris. — L. 1. §. 9. ad SC. Orph. (38. 17.).

(n) L. 1. §. 2. h.t.— §. 3. Inst. h. t. (3. 4.). Novissime sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo quaesiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc Senatusconsulto admitti. — Pr. Inst. de SC. Orph. (3. 4.).

ciale di *sui*. L'ordine di successione fu determinato in analogia del diritto civile, per lo che la successione non spetta a quel discendente, cui precede un altro più vicino al defunto. Quando un figlio è emancipato ed ha lasciato figli sotto la potestà dell'avo, questi sono *sui* e per conseguenza i soli eredi secondo il diritto civile; ma il diritto pretorio fece concorrere i figliuoli e il padre come persone indipendenti; per modo che il figlio del defunto emancipato eredita come *suo* e cede una metà della sua porzione ai proprii figliuoli. Quando un liberto lasciava figli adottivi, il patrono aveva una *bonorum possessio contra suos non naturales* per la metà della eredità (n).

2) *Bon. poss. unde legitimi*. In quest'ordine sono chiamati gli eredi stessi che per diritto civile: n'era escluso il *capite minutus*, poichè non poteva essere considerato come legittimo; in quest'ordine andava pure la *gens;* per la successione de'liberti eranvi chiamati il patrono la patrona e loro discendenti, e qui ancora era compreso il *parens manumissor* del mancipio.

Al *parens manumissor extraneus* erano preferite *decem personae*, cioè i *sui*, gli emancipati, gli ascendenti fino al secondo grado, i fratelli e le sorelle (o).

3) *Bon. poss. unde proximi cognati*. In quest'ordine erano chiamati quei parenti che aveano col defunto il solo vincolo di sangue fino al sesto grado inclusivo, e del settimo il solo *sobrino natus*. In quest'ordine ereditavano i figli di una defunta, finchè pel SC. Tertulliano ed Orfiziano non furono compresi tra i liberi ed i *legitimi*. Ereditavano ancora gli agnati *capite minuti*, e le donne *ultra consanguinitatis gradum* (p). Ai liberti non succedevano che i soli discendenti: per essi non vi è *servilis cognatio*.

4) *Bon. poss. tanquam ex familia*, quest'ordine di eredi è tutto de'liberti, ed accenna alla successione degli agnati del patrono che tenevano luogo di *gens*.

5) *Unde vir et uxor*. In quest'ordine veniva chiamato il coniuge superstite, tanto per gl'ingenui quanto pei libertini (q).

(n) L. 1. pr. de coniungendis cum emanc. lib. (37. 8.). *Ulp.* Si quis ex his, quibus bonorum possessionem Praetor pollicetur, in potestate parentis, quum moritur, non fuerit, ei liberisque, quos in eiusdem familia habuit, si ad eos hereditas suo nomine pertinebit, neque notam exheredationis meruerunt, bonorum possessio eius partis datur, quae ad eum pertineret, si in potestate permansisset, ita ut ex ea parte dimidiam, reliquam liberi eius, bisque duntaxat bona sua conferat.—*Gai.* Inst. III. §. 11.

(o) *Gai.* Inst. III. 27. 28. — §. 3. Inst. de bon. poss. (3. 9.). Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hae: prima, quae praeteritis liberis datur vocaturque *contra tabulas;* secunda, quam omnibus iure scriptis heredibus praetor pollicetur, ideoque vocatur *secundum tabulas*. Et quum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis heredibus et iis, qui ex edicto praetoris suis connumerantur, dat bonorum possessionem, quae vocatur *unde liberi:* secundo legitimis heredibus: tertio decem personis, quas extraneo manumissori praeferebat sunt autem decem personae hae: pater, mater; avus, avia, tam paterni quam materni; item filius, filia; nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia; frater, soror, sive consanguinei sive uterini: quarto cognatis proximis: quinto *tum quem ex familia:* sexto patrono et patronae liberisque eorum et parentibus: septimo viro et uxori: octavo cognatis manumissoris.

(p) Pr. Inst. de succes. cognat. (3. 5.). — D. unde cognati (38. 8.).— C. unde legit. et unde cogn. (6. 15.). — L. 9. pr. eod. §. 7. pr. Inst. de SC. Tertull. (3. 3.).

(q) T. D. unde vir et uxor (38. 11.). *Ulp.* Ut bonorum possessio peti possit unde vir et uxor, iustum esse matrimonium oportet; ceterum si iniustum fuerit matrimonium, nequaquam

6) Finalmente la *bon. poss. unde cognati manumis*, che venivano eccettuati dalla legge Furia (r).

IV. I due sistemi di successione furono in seguito modificati da più recenti costituzioni imperiali.

1) Secondo il SC. Orfiziano i soli figli avevano il diritto di creditare il patrimonio della madre; ma una costituzione di Valentiniano, Teodosio ed Anastasio considerò i nipoti come i più prossimi eredi de'loro avi materni e dell'ava paterna, prendendo la porzione del loro predefunto genitore; essi erano però obbligati a lasciare un terzo ai figliuoli chiamati esclusivamente secondo il diritto anteriore, ed in mancanza di questi a lasciare una quarta parte agli agnati dei loro avi (s). Tutto ciò fu però abolito da Giustiniano (t).

2) La successione della madre *ex SC. Tertulliano* fu più tardi in un senso ristretta ed in un altro allargata. Costantino infatti ordinò che la madre, avente il *ius liberorum*, non dovesse concorrere solamente con la sorella consanguinea, ma ancora col *patruus* e suoi discendenti fino al terzo grado senza riguardo alla *capitis deminutio*, di guisa che ella non riceveva che due terzi. Dall'altra parte la donna, la quale non avea il sopraddetto diritto ebbe un limitato diritto di successione, mentre prima n'era affatto priva; in questo caso il *patruus* e gli altri agnati del figlio ricevevano due terzi ed un terzo la madre. In analogia del *patruus* Valentiniano ordinò che anche il fratello emancipato del defunto dovesse concorrere con la madre, ricevendo un terzo della eredità del fratello defunto; nel medesimo tempo fu modificata la costituzione di Costantino, in quanto che si stabilì che la madre anche quando non avesse il *ius liberorum* dovesse lasciare solo un terzo al *patruus* ed agli altri agnati.

In fine Giustiniano ordinò che la madre per ereditare dal proprio figliuolo non avesse più bisogno del *ius liberorum;* che essa esclude dalla successione il *patruus* e gli agnati, ed eredita con i germani del defunto, in guisa che se concorre con i fratelli e sorelle ella riceve una porzione virile, se concorre con le sorelle solamente riceve la metà. In caso che vi esista anche il padre, la successione si ricambia in questo modo: se il figlio defunto era *filius familias* il padre riceverà tutto l'usufrutto e la proprietà sarà divisa come or ora si è veduto; se al contrario il figlio è un *homo*

honorum possessio peti poterit, qnemadmodnm nec ex testamento adiri hereditas, vel secundum tabnlas peti bonorom possessio potest; nihil enim eapi propter ininstum matrimonium potest. Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, nxorem esse oportet mortis tempore; sed si divortium quidem secutum sit, veruntamen iure durat matrimonium, haec successio locum non habet. Hoc autem in huiusmodi speciebus procedit: liberta ab invito patrono divortit; lex Iulia de maritandis ordinibus retinet istam in matrimonio, dum eam prohibet alii nubere invito patrono; item Iulia de adulteriis, nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet. — C. h. t. (6. 18.).

(r) *Ulp.* Fragm. Vat. §. 301.

(s) L. 4. C. Theod. de legit. hered. (5. 1.). — L. 9. C. de suis et seg. lib. (6. 55.). — §. 15 Inst. de hered. qui ab int. (3. 1.).

(t) L. ult. C. eod. *Iust.* Quotiens aliquis vel aliqua intestatus vel intestata mortuus vel mortua fuerit, nepotibus vel pronepotibus cuiuscunque sexus, vel deinceps aliis descendentibus dereliclis, quibus *unde liberi* honorum possessio minime competit, et insuper ex latere quibuscunque agnatis, minime possint iidem quartam partem hereditatis mortuae personae sibi vindicare, sed descendentes soli ad mortui successionem vocentur. Quod tantum in futuris, non etiam praeteritis negotiis servari decernimus.—conf. §. 16. Inst. h. t.

sui iuris tutta la proprietà ed un terzo dell'usufrutto ai germani, e due terzi dell'usufrutto al padre ed alla madre (u).

Da tuttociò si scorge come l'intiero diritto di successione fu accettato da Giustiniano nella sua legislazione, e come venne finalmente rimutato con le Novelle 118, e 127.

SEZIONE II.

Successione testamentaria.

Stryk, de cantelis testamentornm. — *Westphal*, teoria del diritto romano de'testamenti, Lipsia 1790.— *Rosshirt*, eredità testamentaria presso i Romani, Heidelberga 1840.

I. Dell'atto di ultima volontà in generale.

§. 230.

A. Concetto del testamento, *TESTAMENTI FACTIO* activa e passiva

T. Inst. quibns non permettitur facere testamenta (2. 12.). — D. qui testamenta facere possunt (28. 1.). — C. qui testamenta facere possnnt vel non (6. 22.).

1) Intendiamo per testamento un atto di ultima volontà, il quale contiene l'istituzione dell'erede, ossia la nomina giuridicamente valida di chi dovrà rappresentare la persona del testatore dopo la sua morte.

Affinchè quest'atto esista in diritto bisogna:

a) che contenga l'istituzione dell'erede; così che non vi ha testamento senza questa istituzione, nè si dà istituzione di erede senza testamento;

b) che il testatore sia capace, capacità che le leggi nominano *testamenti factio activa;*

c) che l'erede istituito sia anch'egli capace: abbia cioè la *testamenti factio passiva;*

(u) L. 1. 7. C. Theod. de leg. hered. (5. 1.). — §. 3. Inst. de SC. Tertull. (3. 3.). Sed quum antea constitutiones, iura legitima perscrutantes, partim matrem adiuvabant, partim eam praegravabant, et non in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus, tertiam ei partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant; nobis visum est, recta et simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere, excepta fratris et sororis persona, sive consanguinei sint, sive sola cognationis iura habentes, ut, quemadmodum eam toti alii ordini legitimo praeposuimus, ita omnes fratres et sorores, sive legitimi sint sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus; ita tamen, ut, si quidem solae sorores agnatae vel cognatae, et mater defuncti vel defunctae supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant; si vero matre superstite et fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima sive sola cognationis iura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur eius hereditas.

2) Nel testatore la *testamenti factio activa* può mancare tanto per motivi naturali, quanto per motivi di legge.

a) Manca la *testamenti factio* per motivi naturali: 1) ai mentecatti, i quali sono da Giustiniano considerati idonei solo nei lucidi intervalli (a); 2) ai prodighi, i quali sono equiparati ai primi. Per prodigo, come fu notato, non si voglia intendere colui che in effetto dilapida il suo patrimonio, ma quegli ch' è stato giudiziariamente riconosciuto per tale; onde, perchè il prodigo riacquistasse la capacità di fare testamento, non è sufficiente il ritorno alla vita regolare, ma la formale abolizione della cura (b); 3) agli impuberi secondo la gradazione dell'età (§. 19.); 4) ai sordi-muti, i quali non avevano questa capacità per diritto antico, tranne quando veniva loro concessa per privilegio del principe (c). Pure Giustiniano concesse al sordo, al muto, e anche al sordo-muto, quando l'infermità non fosse congenita, di fare testamento purchè i due ultimi lo scrivessero di proprio pugno, e il sordo lo dettasse a voce: confermò l'incapacità assoluta del sordo-muto nato (d).

b) Non ha facoltà di fare testamento per condizione giuridica il figlio di famiglia, tranne quando avesse un peculio castrense o quasi castrense, e non per eccezione alla regola, ma perchè rispetto a questi due peculii il figlio è riputato padre di famiglia (e).

(a) L. 9. C. qui testaments fscere possuut vel non. (6. 22.). *Iust.* Furiosnm in suis indociis ultimnm condere eloginm posse, licet ab sntiquis dubitsbatnr, tamen et retro principibus et nobis plscnit. Nunc sutem hoc decidendnm est, qnod simili modo antiqnos animos movit, si cospto testamento foror eum invasit. Sancimns itaque, taie testamentnm bominis, qni in ipso actn testamenti adversa vaietudine tentus est, pro nihiio esse. Sin vero vòluerit in diiucidis intervallis aliqnod condere testamentum vel ultimam volnntatem, et boc sana mente et inceperit fscere et consummaverit, nuiio taii morbo interveniente, stare testamentum sive qnamcunque ultimam volnntatem censemns, si et siis omnia accesserint, quse in bniusmodi actibus legitima observstio sequitur.

(b) L. 18. pr. qui testamenta facere possunt (28. 1.). *Ulp.* Is, cni lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest, et si fecerit, ipso lure non vslet; quod tamen interdictione vetnstius bsbnerit testamentum, boc vaiebit. Merito ergo nec testis sd testamentum adhiberi poterit, qnum neqoe testamenti factionem babest. — §. 2. Inst. quibus non permitt. fscere test. (2. 12.).

(c) L. 7. b. t. *Macer.* Si mutus sut surdus, ut liceret sibi testamentum fscere, a principe impetraverit, vaiet testamentum. — L. 4. de test. mil. (29. 1.).

(d) L. 10. C. b. t. — §. 3. Inst. b. t. Item snrdos et mntus non semper testamentnm facere possnnt: ntiqne autem de eo surdo loqnimur, qni omnino non exsndit, non qni tsrde exaudit; nam et mntus is inteiiigitnr, qni loqni nihil petest, non qui tarde loquitur. Saepe autem etiam literati et eroditi bomines variis casibus et audiendi et ioquendi facuitatem smittnnt; unde nostra constitutio etism his subvenit, ut certis cssibus et modis secnndum normam eins possint testari, aliaque facere, qnse iis permissa sunt. Sed si qnis post testamentnm factnm adversa valetndine ant qnolibet aiio casn mntns, aut snrdus esse coeperit, ratum nihilominus eius permsnet testamentnm.

(e) Pr. Inst. b. t. Non tamen omnibus licet facere testsmentnm. Statim enim ii, qui alieno

c) Manca la *testamenti factio activa* allo schiavo, e per conseguenza anche al prigione di guerra; manca inoltre al peregrino, il quale nondimeno potrebbe testare secondo le leggi dello Stato, al quale appartiene. Però si perde la *testamenti factio* per effetto delle pene che producono la *capitis deminutio maxima et media* (f).

d) Manca la *testamenti factio* ad alcuni per pena speciale, come a certi apostati ed eretici quali i Manichei (g).

e) Sono *intestabiles* i pasquillanti (h).

f) Quegli che commette incesto non può istituire eredi che i figliuoli legittimi (i).

g) Da ultimo è negata la *testamenti factio* a colui che, sebbene ne abbia la capacità, in sua coscienza non è certo di averla (k),

3) Per la validità del testamento bisogna che la capacità esista nel punto che si compila l'atto: perdendosi dopo, il testamento sarà nullo, se la perdita avvenne per *capitis deminutionem;* ma se la incapacità di testare sopravviene per altri impedimenti, il testamento varrà (l).

4) Appartiene al contenuto del testamento l'istituzione dell'erede, il

iori subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent, adeo quidem, ut, quamvis parentes iis permiserint, nihilo magis iure testari possint; exceptis iis, quos antea enumeravimus, et praecipue militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus de eo, quod in castris acquisierunt, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere: quod quidem ius initio tantum militantibus datum est tam ex auctoritate divi Augusti, quam Nervae, nec non optimi imperatoris Traiani, postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est. — L. 16. pr. h. t. — L. 3. §. 1. L. 11. 12. C. h. t. — conf. L. 26. §. 1. de test. milit. (29. 1.).

(f) Ved. L. 6. §. 6. ss. de iniusto rupt. irr. test. (28. 3.). — L. 1. §. 2. de leg. (32.). *Ulp.* Hi, quibos aqua et igni interdictum est, item deportati fideicommissom relinguere non possunt, quia nec testamenti faciendi ius habent, quum sint ἀπόλιδες *(extorres).* — L. 8. §. 1. qui test. fac. poss. (28. 1.). — L. 7. §. 3. de interd. et releg. (48. 22).

(g) L. 4. §. 5. C. de haer. et man. (1. 5.). *Arcad.* et *Honor.* Ergo et supremo illius scriptura irrita sit sive testamento, sive codicillo, sive epistola, sive quolibet alio genere reliquerit voluntatem, qui Manichaeus fuisse convincitur. — L. 3. C. de apostatis (1. 7.). — Nov. 115. c. 3. §. 14.

(h) L. 18. §. 1. qui test. fac. (28. 1.). *Ulp.* Si quis ob carmen famosum damnetur, Senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit; ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi.

(i) L. 6. C. de incest. nupt. (5. 5.). — Nov. 12.

(k) Ulp. XX. 11. — L. 14. 15. h. t. (28. 1.). *Paul.* Qui in testamento domini manumissus est, si ignorat, dominum decessisse, aditamque eius esse hereditatem, testamentum facere non potest, licet iam paterfamilias et sui iuris est; nam qui incertus de statu suo est, certam legem testamento dicere non potest. *Ulp.* de statu suo dubitantes et errantes, testamentum facere non possunt ut D. Pius rescripsit. — L. 1. pr. de leg. (32.).

(l) L. 2. 6. §. 1. L. 8. §. 1. 2. L. 18. pr. h. t. (28. 1.). *Gai.* Surdus, mutus testamentum facere non possunt; sed si quis post testamentum factum valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilominus permanet testamentum. — L. 4. h. t. (6. 22.).

quale dev' essere idoneo ad essere istituito, condizione anche indispensabile per la validità del testamento. Oltre ciò che generalmente fu detto sulla idoneità di succedere, in questo luogo si debbono notare i seguenti casi d'incapacità:

a) Nella esistenza di figliuoli legittimi i figli naturali non potranno essere istituiti insieme con la concubina per più di $^1/_{12}$ del patrimonio, e la concubina sola per più di $^1/_{24}$; se si è mancato contro questo divieto della legge, il di più sarà dato agli eredi legittimi. L'esistenza di altri parenti legittimi oltre ai discendenti non impedisce l'istituzione dei figliuoli naturali, purchè si riservi agli altri parenti la loro porzione legittima (m). Parlando qui la legge di figliuoli naturali, la disposizione non si deve estendere ad altri figliuoli non legittimi, prima perchè il *ius singulare* non ammette analogia, secondo perchè per gli altri non si potrebbe trovare la *paritas rationis*.

b) Il coniuge del *binubus* non può da questo ricevere più di quello ch'ebbe il figliuolo del primo letto (§. 115.).

c) Il marito di colei che si rimaritò prima dell'anno del lutto non può essere istituito per più di un $^1/_3$ del patrimonio di essa (§. 115.).

d) Secondo un'orazione di Pertinace l'imperatore non può essere istituito erede *litis causa* (n).

e) Non possono essere istituiti eredi i postumi già concepiti con una donna che non si può più sposare, e che al momento in cui fu scritto il testamento era già maritata con un altro (o).

f) Le persone giuridiche in generale non sono idonee ad essere istituite eredi; una serie di senatoconsulti concesse nondimeno la *testamenti factio passiva* ai collegi, municipii ed altre persone morali, ma sempre come un *ius singulare* (p).

(m) Nov. 89. C. 12.

(n) §. 8. Inst. quib. mod. test. infirmat. (2. 17.). Eadem oratione expressit, non admissurum se hereditatem eius, qui litis causa principem reliquerit heredem, neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum, neque ex nuda voce heredis nomen admissurum, neque ex ulla scriptura, cui iuris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum haec divi quoque Severus et Antoninus saepissime rescripserunt: *licet enim inquiunt, legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus.* — L. 91. de hered. inst. (28. 5.).

(o) §. 28. Inst. de legat. (2. 20.). — L. 9. §. 1. 3. de liber. et post. (28. 2.). *Paul.* Sed si ex ea, quae alii nupta sit, postumum quis heredem instituit, ipso iure non valet, quod turpis sit institutio.

(p) L. 12. C. de hered. inst. (6. 24.). *Leo.* Hereditatis, vel legati, seu fideicommissi, aut donationis titulo domus, aut annonae civiles, aut quaelibet aedificia, vel mancipia ad ius inclytae urbis vel alterius cuiuslibet civitatis pervenire possunt. — L. 24. C. de Episc. et clericis (1. 3.).

ANNOTAZIONE

Per l' intelligenza de' testi bisogna che fin dalla legge Giulia e Papia Poppea si facesse distinzione tra idoneità d'essere istituito, e capacità di acquistare in persona dell' erede; in altri termini bisogna distinguere colui che non poteva essere istituito erede assolutamente o relativamente a determinate persone, da colui il quale non può acquistare per testamento (q).

Non è difficile presso i Romani incontrare siffatta diversità eziandio nelle espressioni. E però quando essi parlano di mancanza della idoneità d'essere istituito erede, adoperano la frase: *mihi cum Titio non est testamenti factio*; quando parlano di mancanza di capacità rispetto all' acquisto, dicono: *Titius nil capere potest ex meo testamento*. Pure, siccome poi dalla mancanza d' idoneità d' essere istituito consegue necessariamente la mancanza della capacità ad acquistare, molte volte questa vale ad esprimere ancora la mancanza di *testamenti factio passiva;* la parola *capere* inoltre viene pure riferita a colui il quale acquistava *iure antiquo* (r). La pratica importanza di tale distinzione è che l'idoneità, ossia la capacità d'essere istituito erede, bisogna che sia nella persona al tempo della compilazione del testamento; dovechè la capacità è sufficiente che sia al tempo che la eredità dev' essere acquistata (s).

a) Sono considerate come persone incapaci dell' acquisto dell' eredità secondo la legge Giulia e Papia: il celibe, l' *orbus* ed il *pater solitarius*. Celibe è colui, il quale non è ammogliato nè ha figli; l' *orbus* è l' uomo ammogliato ma senza prole; il *pater solitarius* è colui che ha figli ma non è ammogliato. Il celibe è perfettamente incapace (t); l' *orbus* può solamente acquistare una metà di quanto gli fu lasciato (u); è dubbio quanto abbia potuto acquistare il *pater solitarius*, ma è probabile che avesse potuto solo acquistare come l' *orbus* una metà di quanto gli veniva lasciato.

b) I coniugi tra loro potevano solamente *capere* la decima parte, l'usufrutto di un terzo di tutto il patrimonio, anzi *quandoque liberos habuerint* la proprietà di questa terza parte. Oltre a ciò per ciascun figlio vivente del primo matrimonio e per ciascun figlio comune morto, finchè non erano più di due, e lo stesso era morto dopo il *dies nominum* o prima di compiere i tre anni, poteano acquistare un' altra decima parte. Questa determinazione della legge Giulia e Papia Poppea per l' isti-

(q) Ved. *Müller*, sulla natura della donazione per causa di morte, Giessen 1827. v.—*Schröter*, giornale di Giessen II. pag. 120. — *Vangerow*, Latini Iuniani pag. 112. — *Hunger*, diritto di successione pag. 228.

(r) *Gai.* Inst. II. 110.—*Ulp.* fragm. XVII. 1.—§. 4. Inst. de hered. qualit. (2.19.).—L. 29. §. 2. L. 82. §. 2. de legatis (31.). *Cels.* Si filio heredi pars eius a quo nominatim legatum est, accrescit, non praestabit legatum, quod *iure antiquo capit.*

(s) L. 52. de legat. (31.). — L. 62. pr. L. 78. §. 3. de hered. inst. (28. 5.). — L. 11. de vulg. et pup. subst. (28. 6.). *Paul.* Si is, qui heres institutus est, filio substitutus sit, nihil oberit ei in substitutione, si tunc capere possit, quum filius decessit; contra quoque poteat poenas in testamento pupilli pati, licet in patris passus non sit.—L. 22. de mort. caus. don. (39. 6.).—L. 3. §. 2. de iure fisci (49. 14.).—*Ulp.* fragm. XVII. II. XXII. 3.

(t) *Gai.* Inst. II. 111. 144. 286.—*Ulp.* fragm. XX. 3.

(u) *Gai.* Inst. 1. 286.

tuzione dell' erede fu estesa più tardi da un senatoconsulto alla *mortis causa donationes*, e dal SC. Pegasiano ai fidecommessi (v).

c) Dalla legge Giulia Norbana vennero dichiarati *incapaces* i *Latini Iuniani;* anche questa determinazione si circoscriveva in origine all' istituzione dell'erede ed ai legati, ma fu posteriormente estesa anche ai fidecommessi (w).

d) Per ordine di Domiziano venne tolta alla *femina probosa* il *ius capiendi legata hereditatesque*, e per un rescritto di Adriano ad una simile donna era negato tale diritto anche in un testamento militare; ella al contrario aveva sempre il diritto di succedere ai figliuoli per SC. Tertulliano (x).

Questi casi d' incapacità, eccetto quello della donna *probosa* e quello degl' indegni, non esistono più nella legislazione giustinianea (y). Pure tutta questa dottrina diventa per noi un giusto criterio d' interpretazione, affinchè non si frantendessero i testi.

Così non è difficile sentire questo principio: che colui al quale manca la *testamenti factio passiva* si può istituire erede sotto condizione che addivenisse capace, ossia acquistasse la *testamenti factio*: argomentandosi dalla legge 62 *de hered. inst.* e specialmente dalle parole *L. Titius quum capere potuerit heres est.* Decisivamente questa legge parla di *capacità* ossia della facoltà di acquistare e non della idoneità di essere istituito erede, ed il significato di essa dev' essere assolutamente limitato al detto concetto: sicchè colui il quale manca di *testamenti factio* non può essere istituito neppure a condizione che addivenisse idoneo più tardi. Questa condizione era efficace solamente quanto alla capacità di acquistare, poichè allora il tempo da guardare dovea essere il momento dell' acquisto.

Erano incapaci ancora secondo il diritto romano anteriore a Giustiniano le *personae incertae* in quantochè esse non potevano essere considerate nè come eredi, nè come legatarie, il che fu esteso da Adriano anche ai fidecommessi (z). Persone incerte erano quelle, intorno alle quali il testatore non sapea nulla di preciso: tra le quali si annoveravano quelle che doveano determinarsi per contigenze avvenire, o per dati indizii, i poveri ch' ebbero poi il diritto di ricevere per testamento da Valentiniano, i prigionieri, ecc. (aa).

De' *postumi*, come persone incerte, si facevano due ordini, *postumi sui*, e *postumi alieni;* i primi poteano anzi doveano essere istituiti nel testamento; i secondi non già per diritto civile, ma potevano avere la *bonorum possessio secundum tabulas* per diritto pretorio (bb).

(v) L. 35. de mort. caus. donat. (39. 6.).—*Gai.* II. §. 286.

(w) *Gai.* I. 23. 24. II. 110. 285. e 275.—*Ulp.* fragm. XVII. 1. XXII. 3. XXV. 7.

(x) L. 41. §. 1. de testam. mil. (29. 1.). *Tryphon.* Mulier, in quam turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest, ut Divus Hadrianus rescripsit. — L. 2. §. 1. ad SC. Tertull. (38. 17.).

(y) L. 1. C. de inf. poen. cael. et orb. (8. 58.). — Nov. 78. c. 3.

(z) *Gai.* Inst. II. 238. 242. 287.—*Ulp.* fragm. XXII. 4. XXIV. 18. XXV. 13. — §. 25. Inst. de legat. (2. 20.)

(aa) L. 14. de reb. dub. (34. 5.). *Marcian.* Si quis ita scripserit: *illis, qui testamentum meum signaverint, heres meus decem dato*, Trebatius utile legatum esse putat; quod Pomponius verius esse existimat, quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis; quod verum esse existimo. — L. 24. 39. C. de episc. et cler. (1. 3.).—*Ulp.* fragm. XXII. 4. XXIV. 18.

(bb) Pr. Inst. de bon. poss. (3. 9.). Ius bonorum possessionis introductum est a praetore

Finalmente erano persone incerte le persone giuridiche, ma di queste molte furono credute capaci di ricevere per testamento.

Nella legislazione giustinianea per quanto possiamo ricavare da alcune notizie di una costituzione di Giustiniano *de incertis personis*, il testo della quale non è pervenuto all' età nostra, possiamo affermare, che della prima categoria di persone incerte non è a far più menzione; e che dei postumi furono dichiarati idonei anche i *postumi alieni* con la limitazione notata nel testo; come ancora i collegi e le persone morali (cc).

B. Requisiti per un valido testamento.

§. 231.

1) Dell' idoneità della volontà, e dell' influenza della violenza, dell' errore e della frode.

Affinchè una disposizione di ultima volontà sia perfetta, conviene prima di ogni altro che sia il risultato del libero arbitrio; nel dubbio si deve risalire al tempo in cui fu scritta e indagare se la determinazione del testatore fu libera; senza che è nulla. Consegue non esser valida quella disposizione che dipende assolutamente dalla volontà di un terzo, come quando il testatore dica: istituisco A. mio erede se B. lo vuole; consegue ancora che potendo la volontà sottostare all'influenza della violenza dell' errore e della frode, s' hanno ad osservare le regole seguenti:

1) Nel caso che il testatore sia stato costretto dalla forza a cambiare o a scrivere un testamento, la violenza per sè stessa mena alla rescindibilità dell' atto, distinguendo:

a) se la violenza fu esercitata da tutti gli eredi, l' eredità sarà devoluta al fisco (a);

b) se degli eredi alcuni solamente hanno usato violenza, al fisco saranno devolute le porzioni di costoro, senza toccare a quelle degli altri (b).

emendandi veteris iuris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus ius eo modo praetor emendavit, sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem iure civili adire non poterat, quum institutio non valebat, honorario tamen iure bonorum possessor efficiebatur, videlicet quum a praetore adiuvabatur: sed et hic a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et iure civili non incognitus. — L. 3. de bon. poss. secundum tab. (37. 11.). — confr. L. 6. pr. de inoff. test. (5. 2.). — L. 25. §. 1. de lib. et post. (28. 2.).

(cc) Ved. L. un. de incertis personis (6. 48.).

(a) L. 1. §. 2. Si quis aliquem testari (29. 6.). — L. 19. de his quae ut indignis auf. (34. 9.). — Ved. not. (c).

(b) L. 1. §. 1. h. t. (29. 6.). — Ved. not. seg.

In ogni caso il fisco che subentra è tenuto alla prestazione dei legati commessa all' erede escluso (c).

2) Quanto all' errore, fa d' uopo stabilire una regola contraria a quella già determinata per gli atti tra vivi, la regola cioè che qualunque disposizione testamentaria fatta sotto l' influenza dell' errore è nulla, reputandosi che non si sarebbe presa, se non vi fosse stato il motivo erroneo, fosse l'errore anche di fatto.

Le principali conseguenze di questa regola rammentate ne'testi sono:

a) Se qualcuno è istituito in un testamento a motivo di una qualificazione erronea, creduto p. e. dal testatore suo proprio figlio o fratello, dovechè in effetti non è tale, tutta la disposizione è di nessun momento (d). All' incontro la diseredazione di un figlio è nulla, quando avvenne perchè il testatore non lo riteneva come tale (e). Una legge di Tiberio affatto arbitraria fa eccezione a questa regola, disponendo che istituito erede uno schiavo creduto libero, ed a lui sostituito un altro, entrambi ereditano ciascuno per la metà (f).

b) Nulla è ancora la disposizione testamentaria, quando il testatore errò sulle qualità della cosa disposta; p. e. legò una cosa altrui che egli reputava sua propria, il legato è nullo, eccetto quando fosse in favore di un parente prossimo, *cui legaturus esset, etsi scisset rem alienam esse* (g).

c) Finalmente devesi considerare nulla quella disposizione che il testatore non avrebbe presa se avesse conosciute le vere condizioni di chi

(c) L. 16. §. 2. de his, quae ut indignis (34. 9.). *Papin.* Quum heredis nomen mutata voluntate paterfamilias incisis tabulis induxisset, atque ideo fisco portionis emolumentum adiudicatum fuisset, eam rem legatariis non obesse, qui retinuerant voluntatem, Divo Marco placuit, et ideo cum suo onere fiscum succedere. — L. 60. §. 1. de cond. et demonstr. (35. 1.). — L. 3. §. 5. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 14. de iure fisci (49. 14.).

(d) L. 5. C. de test. (6. 23.). — L. 4. 7. C. de hered. inst. (6. 24.). *Gordian.* Si pater tuus eum quasi filium suum heredes instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset, isque postea subditilius esse ostensus est, auferendam ei successionem, divi Severi et Antonini placitis continetur.

(e) L. 14. §. 2. L. 15. de lib. et post. (28. 2.). *Afric.* Si quis ita scripserit: *ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto*, hanc exheredationem ita nullius momenti esse sit, si probetur ex eo natus; non enim videri quasi filium exheredatum esse, quum elogium pater, quum filium exheredaret, proposuisset, et adiecisset, propter eam causam exheredare, probaturque patrem circa causam exheredationis errasse.

(f) §. 4. Inst. de vulg. subst. (2. 15.). Si servum alienum quis patremfamilias arbitratus heredem scripserit, et, si heres non esset, Maevium ei substituerit, isque servus iussu domini adierit hereditatem, Maevius in partem admittitur. Illa enim verba *si heres non erit* in eo quidem, quem alieno iuri subiectum esse testator scit, sic accipiuntur: si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit; in eo vero, quem patremfamilias esse arbitratur illud significant: si hereditatem sibi eive, cuius iuri postea subiectus esse coeperit, non acquisierit. Idque Tiberius Caesar in persona Parthenii servi sui constituit.—L. 4. §. 41. de her. inst. (28. 5.).

(g) §. 4. Inst. de leg. (2. 20.).—L. 67. §. 8. de legat. (31.). — L. 10. C. de legat. (6. 37.).

nominò erede: come quando il testatore ha istituito erede un estraneo credendo che non avesse figli (h); ovvero quando fa un testamento nella credenza che l' erede istituito nel testamento anteriore più non esistesse (i).

3) Perciò che s' attiene alla frode non mutano menomamente i principii generali.

Sia che il testatore fosse stato per frode impedito di fare o cambiare, sia che fosse stato obbligato per frode a fare o cambiare una disposizione, saranno applicabili le regole stabilite riguardo alla violenza (k).

§. 232.

2) Dell' espressione della volontà.

L' espressione della volontà nel testamento deve corrispondere esattamente al pensiero del testatore (a), e dev'essere perfetta in forma e contenuto.

I. In rapporto al primo requisito, cioè che devono le espressioni della volontà corrispondere al pensiero non si voglia intendere ch' egli deve adoperare le più proprie locuzioni, ma che la disposizione è nulla quando o l' espressione è equivoca tanto da non poter avere un qualunque significato, ovvero quando la espressione è chiara, ma dà un risultato contrario alla vera volontà del testatore: così la disposizione è nulla quando il testatore ha istituito erede tale, a cui egli punto non pensava, ovvero quando ha preso disposizione sopra cose che in realtà non aveva in mente (b). Con tutto ciò si notano molte modificazioni a questo principio.

1) Quando la erronea espressione consiste in ciò che si è adoperato un falso nome proprio, se è chiara la volontà del defunto, quel falso nome adoperato non nuoce alla validità del testamento, poichè i nomi proprii sono arbitrarii e mutabili (c); dovechè i nomi appellativi sono così con-

(h) L. 28. de inoff. test. (5. 2.). *Paul.* Qunm mater miiitem fiiium falso audiisset decessisse, et testamento beredes aiios instituisset, Divus Hadrianus decrevit, bereditatem ad fiiium pertinere, ita ut iibertates et iegata praestentur. Hic iliud adnotatum, quod de iibertatibus et iegatis adiicitur; uam quum iuofficiosum testamentnm arguitur, nihil ex eo testamento vaiet. L. 9. 10. C. de test. mii. (6. 21.).

(i) L. 92. de bered. inst. (28. 5.).

(k) Ved. L. 1. §. 1. 2. L. 2. pr. §. 2. L. 3. si quis aiiquem test. prohib. (29. 6.). — Ved. not. (a).

(a) L. 73. §. 3. de R. I. (50. 17.). *Scaev.* Quae iu testamento ita sunt scripta, ut inteiiigi non possint, perinde sunt, ac si scripta non esseut.

(b) L. 9. pr. §. 1. de ber. iust. (28. 5.). *Ulp.* Et si in re quis erraverit, ntputa dum vuit lancem, vestem ieget, ueutrum debebit: hoc sive ipse scripsit, siva scribeudum dictaverit.

(c) L. 4. pr. de legat. (30.). *Ulp.* Si quis in fundi vocabu'o erravit, et Corneiiannm pro

giunti col concetto e la sostanza della cosa che non sta nell' arbitrio di nessuno poterli cambiare (d).

2) Tutto ciò che si è detto dei nomi proprii si dica per la *demonstratio; falsa demonstratio non nocet* (e).

3) Quando il testatore ha espressa un' altra quantità di quella che aveva in mente, la sua volontà deve essere preferita allo scritto (f).

4) Il medesimo principio bisogna che si applichi al caso in cui il testatore ha espressa una condizione che pure non aveva in mente, una tale condizione dev'essere considerata come non messa (g); quantunque questo principio sembri che si applicasse dai Romani per il testamento *per aes et libram*, nondimeno essendo accettato da Giustiniano devesi applicare indistintamente a tutti i testamenti. Se all'incontro una disposizione è stata fatta incondizionatamente, quando evidentemente il testatore voleva sottoporla ad una condizione, secondo i principii stabiliti tutta la disposizione sarebbe di nessun momento. Ove nondimeno il testatore dichiarasse solamente ch' egli vorrebbe sottoporre a condizione la sua disposizione, e non l'abbia fatto, la disposizione medesima verrà riguardata come realmente fatta senza condizione (h).

Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus; sed si in corpore erravit, non debebitur. Quodsi quis, quum vellet vestem legare, suppellectilem adscripsit, dum putat suppellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit, vestem non deberi, quemadmodum si quis putet, auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri, vel quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. §. 29. Inst. de legatis (2. 20.). — L. 7. §. 2. de suppellect. legat. (33. 16.). — L. 4. C. de test. (6. 23.). — L. 7. §. 1. C. de legat. (6. 37.).

(d) L. 4. de legat. cit. (30.). — ved. not. prec. — L. 7. §. 2. de suppell. leg. (33. 16.).

(e) L. 17. pr. §. 1. L. 33. pr. L. 34. de cond. et demonstr. (35. 1.). *Gai.* Demonstratio falsa est, veluti si ita scriptum sit: *Servum Stichum, quem de Titio emi; fundum Tusculanum, qui mihi a Seio donatus est;* nam si constat, de quo homine, de quo fundo senserit testator, ad rem non pertinet, si is, quem emisse significavit, donatus esset, aut, quem donatum sibi esse significaverat, emerit. §. 1. Igitur et si ita servus legatus sit: *Stichum coquum, Stichum sutorem Titio lego*, licet neque coquus, neque sutor sit, ad legatarium pertinebit, si de eo sensisse testatorem conveniat; nam et si in persona legatarii designanda aliquid erratum fuerit, constat autem, cui legare voluerit, perinde valet legatum, ac si nullus error intervenirет. — §. 30. Inst. de leg. (2. 20.). — L. 48. §. 3. de hered. inst. (28. 5.). — L. 3. 5. C. de fals. caus. adi. (6. 44.).

(f) L. 9. §. 2-4. de hered. inst. (28. 5.). — L. 15. pr. de legat. (30.). *Paul.* Qui quartam partem bonorum legare voluit, dimidiam scripsit; Proculus recte ait, posse defendi quartam legatam, quia inesset dimidiae. Idem erit, et si quinquaginta voluit legare, et centum scripta sint, quinquaginta enim debebuntur. Sed et si plus legare voluit, et minus scripsit, valebit legatum. §. 1. Si quis unam summam filiabus legaverit, ut etiam de postuma sentiret, si ea non est nata, superstiti solidum debebitur.

(g) L. 5. de hered. inst.

(h) L. 8. C. de cond. et subst. (6. 25.). *Iust.* Si testamentum ita scriptum inveniatur: *ille heres esto secundum conditiones infra scriptas*, si quidem nihil est adiectum, neque aliqua

II. L' integrità dell' espressione si deve riguardare rispetto alla solennità e rispetto al contenuto dell' atto.

In quanto al primo punto vale il principio che quando esistesse un semplice progetto di testamento senza la solenne forma legale, la disposizione è nulla, anche quella che di per sè non avrebbe bisogno di forma alcuna (i); oltre a ciò devesi ritenere anche come nulla quella disposizione, la quale sebbene servasse tutte le determinazioni della legge in rapporto alla forma, dovea secondo la mente del testatore essere compita con altre formalità arbitrarie; poichè, finchè tali formalità non sono state aggiunte, in mente del testatore tutta la disposizione era ancora un disegno, e non un formale testamento. Quanto alla integrità rispetto al contenuto, il testamento è di nessun momento quando manca la istituzione dell'erede, ovvero quando si scorge evidentemente che il testatore voleva istituire altri eredi (k). Se al contrario manca nel testamento un legato che il testatore aveva in mente, poichè l' istituzione del legato non è necessaria all' integrità del testamento, la disposizione sarà mantenuta in vigore per la nota massima: *utile per inutile non vitiatur*.

§. 233.

a) Del Senatoconsulto Liboniano.

T. D. de lege Cornelia de falsis et de SCto Liboniano (48. 10.); — C. de his qui sibi adscribunt (9. 23.). — *Mascov.* de his qui sibi adscribunt in testamento ad explicationem SC. Liboniani, Lips. 1731.—*Daniels*, de SCto Liboniano, *eiusque* casu hereditariae. Bon. 1791.

Potendo facilmente accadere, nel caso che il testamento fosse scritto da un altro, che il *testamentarius* scrivesse la propria volontà invece di quella del testatore per farne a sè venire un immediato o un mediato vantaggio, in frode di coloro che voleva istituire il testatore, un senatoconsulto conosciuto col nome di SC. Liboniano stabili che qualunque dispo-

conditio in testamento posita est, supervacuam esse conditionum pollicitationem sancimus, et testamentum puram habere institutionem.

(i) L. 29. pr. qui test. fac. poss. (28. 1.). *Paul.* Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo iure testamentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse.—L. 11. §. 1. de legat. (32.).

(k) L. 25. qui test. fac. poss. (28. 1.). *Iavol.* Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis nuncupatis, prinsquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse, Varus Digestorum libro primo Servium respondisse scripsit; itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tum hoc verum esse existimat, si constaret, voluisse plures eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare: ego nec Servium puto aliud sensisse.

sizione in favore di un *testamentario* era inefficace: e più tardi per mezzo di un editto di Claudio si ordinò che il *testamentario* sarebbe sottoposto alla legge Cornelia *de falsis*. Su questo proposito è da notare che il senatoconsulto Liboniano non fa nessuna distinzione in caso di un *adscriptio*, se la disposizione è valida, o nulla; questo è certo che il testamento dev'essere perfetto (a).

2) Al senatoconsulto Liboniano sono sottoposti non solo gli estranei, ma anche il figlio, o il patrono del testatore che facesse quest' ufficio, sebbene costoro in caso di preterizione avessero *la bonorum possessio contra tabulas;* se al contrario queste tali persone avessero operato contra il senatoconsulto, ossia si fossero ascritti in qualche porzione ereditaria o legato nel testamento da esse scritto, perdono anche la *bonor. poss. contra tabulas* (b).

Non è necessario che il *testamentarius* fosse egli stesso scritto nel testamento, ma è sufficiente che vi fosse qualche persona per mezzo della quale egli potesse realmente acquistare, quindi non si anderà soggetto al SCt. Liboniano quando si ascrive un legato allo schiavo pel caso della libertà e al figlio per causa di emancipazione. Ma vi andrà soggetto il *testamentario* quando acquista per un altro come in qualità di figlio di famiglia ecc. (c).

3) Va soggetta al senatoconsulto non solo quella disposizione per mezzo della quale il *testamentario* riceve un vantaggio, ma ancora quella per cui egli come erede instituito sottoscrive la diseredazione di un figlio, o una concessione di libertà o l' *ademptio* di un legato, ovvero conferma un codicillo anteriore, in cui è a lui fatto un legato (d).

(a) L. 6. pr. h. t. *African.* Si quis legatum sibi adscripserit, tenetur poena legis Corneliae, quamvis inutile legatum sit; nam et eum teneri constat, qui eo testamento, quod postea ruptum, vel etiam quod initio non iure fieret, legatum sibi adscripserit. Hoc tamen tunc verum est, quum perfectum testamentum erit; ceterum si non signatum fuerit, magis est, ut Senatusconsulto locus non sit, sicuti nec interdictum de tabulis testamenti exhibendis locum habet. Prius enim oportet esse aliquod testamentum vel non iure factum, ut Senatusconsulto locus sit; nam et falsum testamentum id demum recte dicitur, quod, si adulterinum non esset, verumtamen testamentum recte diceretur; similiter igitur et non iure factum testamentum id appellatur, in quo si omnia rite facta essent, iure factum diceretur.

(b) L. 6. §. 3. L. 14. §. 2. h. t.

(c) L. 10. 15. pr. L. 22. §. 5. h. t. *Macer. De* eo, qui ei, in cuius potestate est, eique, qui in eadem potestate est, adscripserit, nihil Senatusconsultis cavetur; sed hoc quoque casu committitur in legem, quia huius rei emolumentum ad patrem dominumve pertinet, ad quem pertineret, si filius servusve sibi adscripsissent.

(d) L. 6. §. 1. 2. L. 22. §. 6. 7. h. t. *Afric.* Si institutus heres exheredationem nominatim filii vel aliarum personarum adscribit, Senatusconsulto tenetur. §. 2. Similiter et is, qui libertatem sua manu ademit servi testatoris, et maxime cui a se legata vel fideicommissa data erant, Senatusconsulto tenetur

4) Se si è operato contra il senatoconsulto, non solo si sarà soggetto alla *L. Cornelia de falsis*, ma dippiù la disposizione che mediatamente o immediatamente apporta un vantaggio al *testamentario*, è considerata come non scritta (e). Quel legato adunque che si trova fatto al *testamentario* e ad un terzo in comune sarà eseguito solamente in favore del terzo: per la stessa ragione vengono mantenute le sostituzioni e le restituzioni fidecommissarie (f).

In alcuni casi viene condonata la pena e mantenuta la disposizione: 1) quando il *testamentarius* è l'unico erede legittimo del testatore (g); 2) quando il testatore conferma la disposizione fatta in vantaggio del *testamentario*; la quale conferma, trattandosi di discendenti può essere generale, ma trattandosi di estranei è necessario che sia *speciale* (h).

C. Determinazioni accidentali negli atti di ultima volontà.

§. 234.

1) Delle condizioni in un testamento.

TT. D. de couditionibus institutionum (28. 7.); — De conditionibus et demonstrationibus . . . quae in testamento scribuntur (35. 1.); — C. de institutionibus et substitutionibus sub conditione factis (6. 25.); — De conditiouibus insertis tam in legatis quam fideicommissis et libertatibus (6. 46.).

I. Quantunque i principii sulle condizioni esposte nella parte generale (§. 51. ss.) siano applicabili alla teoria della successione testamenta-

(e) L. 1. de bis, qnae pro uon script. (34. 8.). *Iulian.* Si quis bereditatem vei iegatnm adscripserit, quaeritur, an hereditas vei legatum pro uou scripto habeatur, et quid, si substitutum babeat huiusmodi institutio? Respondit: pars bereditatis, de qua me cousnlnisti, ad subatitutum pertinet; uam Senatus, quum poeuas legis Corueliae constitneret adversus eum, qui sibi bereditatem vei iegatum scripsisset, eodem modo improbasse videtnr, quo improbatae sunt iilae: *qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto*, ut periude babereutnr, ac si insertae testamento non fuisset.

(f) L. 14. §. 1. 2. in fiu. L. 17. b. t. — L. 5. de bis quae pro non script. bab. (34. 8.). *Paul.* Quod quis sibi adscripserit, si alii restitnere a testatore iussus est, cnm onere fideicommissum id apnd beredem remauet, qnamvis pro uon script esset; idem est et iu testameuto militis.

(g) L. 1. C. h. t. *Antonin.* Quamquam ita interpreteutnr inrisperiti, ut contra iegem Corneliam videatur se scribere beredem filius emancipatns patre dictante, tamen si, qunm testamentum non esset scriptum, iustus successor fnturus esset accepta bonornm possessione filins patri, perinde babebitur, atque si sua mann pater tuus te beredem scripsisset, functns dulci officio.

(b) L. 15. §. 1. 3. L. 22. §. 9. b. t. — L. 2. C. h. t. *Anton.* Si testator codiciliis, qnos scripsisti, iegatum quoque seu fideicommissum reliquisse tibi sua mauu adscripsit, uon videris in poenam senatnsconsnlti incidisse. Qnodsi testameutnm dictasse codicillis significavit, iegato quidem vei fideicommisso abstinere debes, poena vero falsi tibi principali beneficiu remittitnr.

ria, vi sono in questa notabili modificazioni che bisogna indicare particolarmente. È da osservare che alcune condizioni sono considerate come non messe negli atti di ultima disposizione, dovechè avrebbero tutt'altra efficacia negli atti tra vivi; altre condizioni annullano qualunque disposizione testamentaria.

Oltre le condizioni notate nella parte generale sono considerate come non messe le seguenti:

1) Le condizioni risolutive; almeno nella istituzione dell'erede, poichè nei legati hanno tutto il loro valore non altrimenti che negli atti tra vivi. Questo concetto si fonda sulla nota massima *semel heres semper heres,* la quale sarebbe distrutta da una condizione risolutiva (a).

2) Le condizioni naturalmente o fisicamente impossibili, non che la *conditio turpis* dichiarata tale secondo i principii generali (b): quando che sono cagione di nullità negli atti tra vivi. Intorno a queste condizioni fa d'uopo ancora osservare i seguenti punti.

a) Quando la condizione è solo relativamente impossibile *(conditio falsa),* per le ultime disposizioni vale la regola ch'essa allora è considerata come non messa, quando era già impossibile prima che la disposizione testamentaria fosse scritta o fu resa impossibile dalla medesima istituzione. Se al contrario la condizione è addivenuta impossibile dopo che si è fatto il testamento, deve considerarsi piuttosto come una condizione possibile non adempiuta, e per conseguenza nuoce all'erede, senza distinguere se la condizione addiviene impossibile durante la vita del testatore o dopo la sua morte (c).

(a) L. 88. de hered. instit. (28. 5.). — Confr. *Gai.* Ei, qui solvendo non est, aliquo casu evenit, ut et servus cum libertate heres existat, et praeterea alius heres adiiciatur, veluti si servo cum libertate herede instituto ita adiectum sit: *Si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto;* nam Titius, antequam Stichus ex testamento heres extiterit, heres esse non potest; quum autem semel heres extiterit servus, non potest adiectus efficere, ut, qui semel heres extitit, desinat heres esse. — L. 3. §. 8. 9. 10. de minor. (4. 4.).

(b) Ved. L. 45. de hered. inst. (28. 5.). *Alph. Si Maevia mater mea, et Fulvia filia mea vivent, tum mihi Lucius Titius heres esto;* Servius respondit, si testator filiam nunquam habuerit, mater autem supervixisset, tamen Titium heredem fore, quia id, quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet. — L. 104. §. 1. de legat. (30.). — L. 6. §. 1. L. 72. §. 7. de cond. et demonstr. (35. 1.). — L. 6. de statulib. (40. 7.). — L. 3. §. 2. infin. de lib. et post. (28. 2.). — §. 10. Inst. de her. inst. (2. 14.). — L. 3. 6. infin. de condit. et demonstr. (35. 1.). — L. 16. fin. de iniust. rupt. test. (28. 3.). — L. 1. 9. 14. 20. pr. de cond. inst. (28. 7.). *Marc.* Conditiones contra edicta Imperatorum, aut contra leges, aut quae legis vicem obtinent, scriptae, vel quae contra bonos mores, vel derisoriae sunt, aut huiusmodi quas Praetores improbaverunt, pro non scriptis habentur; et perinde, ac si conditio hereditati sive legato adiecta non esset, capitur hereditas legatumve. — L. 5. §. 4. quando dies. (36. 2.). — L. 135. de R. I. (50. 17.).

(c) L. 23. §. 2. ad L. Aquiliam (9. 2.) — L. 6. §. 1. L. 31. 72. §. 4. 7. L. 94. pr. de condit.

b) Quando l'impossibilità della condizione è passeggiera, e può cessare, valgono per gli atti di ultima volontà gli stessi principii che negli atti tra vivi (§. 51. pag. 136.), contando sempre dalla data del testamento, con la differenza che quando la condizione era impossibile prima della data dell'ultima disposizione deve considerarsi come non scritta; dovechè si considera come deficiente se da possibile addiviene impossibile prima dell' adempimento.

c) In caso che la condizione fosse solo in parte impossibile, la parte impossibile varrà come non scritta, la possibile sarà una valida condizione (d). Se al contrario dopo il testamento la condizione addiviene in parte impossibile, si deve riguardare come deficiente come se in tutto fosse addivenuta impossibile.

3) Secondo la legge Giulia e Papia Poppea non regge la condizione di non contrarre matrimonio (e): ma la condizione di non congiungersi con una determinata persona è valida (f).

4) La condizione di dimorare sempre in un luogo, ovvero di scegliere domicilio in una determinata città (g).

5) Tutte le condizioni contrarie alla Novella 115; ma di ciò più innanzi.

6) Finalmente la condizione alternativamente messa con una di quelle che devono esser considerate come non scritte; per contra quando è messa cumulativamente con una di quelle condizioni, dev'esser adempiuta (h).

et demonstr. (35. 1.). *Hermog.* Qunm ita datnr libertas: *Si Titio, qui non est heres, decem dederit*, eerta persons demonstratur, ac propterea in persons eins tantnm conditlo lmpleri potest. Sane si, qunm cesserit dies, pecunism conditioni comprebensom statuiiber habnerit, inre constitnto nulii dando consequitur libertatem. Diversa causa est iegatarii, in eulus persona piacnit conditionem deficere, si, antequam dederit legatarius pecuniam, Titins morietnr. — L. 39. §. 4. de stat. lib. (40. 7.).—L. 4. C. de cond. insert. (6. 46.).—Ved. *Mühlenbruch*, XLI. pag. 137.— *Savigny*, sist. III. pag. 191.

(d) L. 45. de bered. inst. (28. 5.).—Ved. not. (b).—L. 6. §. 1. de condit. et demonstr. (35. 1.).

(e) L. 22. L. 64. §. 1. L. 72. §. 5. L. 74. 77. §. 2. L. 100. de cond. et demonstr. (35.1.).— *Ter. Clem.* L. 64. §. 1. Quodsi ita seriptnm esset: *Si Ariciae non nupserit*, Interesse, an frans legi faeta esset; nam si ea esset, quae aiiubi nuptias non faeiie possit invenire, interpretandnm, ipso iure rescindi, quod frandandae legia gratia esset adscriptnm; legem enim utilem Reipublicae, sobolis sciiicet procreandae cansa latam, adiuvandem interpretatione.

(f) L. 63. pr. L. 64. pr. eod. *Gai.* Quum Ite legatum sit: *Si Titio non nupserit*, vel ita: *si neque Titio, neque Seio, neque Maevio nupserit*, et denique si plures personae comprehensae fnerint, magia piscnit, cuiiibet eornm si nnpserit, amissnram legatum, nec videri tali conditione viduitatem iniunctam, quum alii euiiibet satis commode possit nnbere.

(g) L. 71. §. 2. eod. *Papin.* Titio eentum relieta sunt ita: *ut a monumento meo non recedat*, vel: *uti in illa civitate domiciiium habeat;* potest dici, non esse locnm cautloni, per quam ius libertatis infringitnr: sed in defuneti libertis allo iure utimnr.

(h) L. 8. §. 4. 5. de cond. inst. (28. 7.). *Ulp.* Si qnis sub inrisiurandi conditione, et prae-

Altre condizioni rendono nulla la disposizione testamentaria: esse sono, oltre le *conditiones perplexae* le quali come ogni atto tra vivi annullano ancora qualunque disposizione testamentaria (i), le seguenti:

1) ogni condizione non potestativa aggiunta alla istituzione di un *suus heres;*

2) la condizione che pone la disposizione testamentaria esclusivamente sotto la volontà di un terzo;

3) alcune volte anche una condizione impossibile specialmente quando è evidente esser stata questa la intenzione del testatore (k).

II. Intorno all'adempimento delle condizioni fa mestieri osservare i seguenti principii:

1) Quando la condizione è indipendente dalla volontà dell'erede, può validamente adempirsi in qualunque tempo, anche durante la vita del testatore (l). Quando dipende dall'erede, la condizione dev'essere adempiuta dopo la morte del testatore (m); essa è equiparata alle condizioni eventuali quando il testatore non aveva in mente appunto l'adempimento *si nupserit, si liberos susceperit* (n).

Se una di quelle condizioni, che possono adempiersi durante la vita

terea sub alia sit institutus, huic videndum est, an remittatur conditio; et magis est, ut remitti iurisiurandi conditio debeat, licet alii conditioni parendum habeat. §. 5. Sed si sub iurisiurandi conditione sit institutus, aut si decem (millia) dederit, hoc est alternata conditione, ut aut pareat conditioni, aut iuret; aliud quid videndum, numquid remitti ei conditio non debet, quia potest alteri conditioni parendo esse securus; sed est verius, remittendam conditionem, ne alia ratione conditio alia eum urgeat ad iusiurandum.

(i) L. 16. de cond. inst. (28. 7.). *Marc. Si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto;* Iulianus inutilem esse institutionem scribit, quum conditio existere non possit.

(k) L. 4. §. 1. de statuliberis (40. 7.). *Paul.* Non est statuliber, cui libertas in tam longum tempus collata est, ut eo tempore is, qui manumissus est, vivere non possit; aut si tam difficilem, imo paene impossibilem conditionem adiecerit, ut aliunde ea libertas obtingere non possit, veluti si heredi mille dedisset, aut, quum moreretur, liberum esse iussisset; sic enim libertas inutiliter datur; et ita Iulianus scribit, quia nec animus dandae libertatis est. — Confr. L. 61. pr. de manum. testam. (40. 4.). — *Mühlenbruch*, XII. pag. 134.

(l) L. 2. 10. §. 1. L. 11. §. 1. de condit. et demonstr. (35. 1.). *Ulp.* Conditionum quaedam sunt, quae quandoque impleri possunt etiam vivo testatore, utputa: *Si navis ex Asia venerit*, nam quandoque venerit navis, conditioni paritum videtur; quaedam, quae non nisi post mortem testatoris: *Si decem dederit, si Capitolium ascenderit,* nam, ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet hanc conditionem insertam; nam, si fato fecerit, non videtur obtemperasse voluntati.

(m) L. 2. 11. §. 1. eod. — Ved. not. prec.

(n) L. 10. pr. L. 36. 61. 67. 91. eod. *Ulp.* Si vir uxori ad tempus liberorum legaverit, dubitari potest, an de his duntaxat filiis sensisset testator, qui post mortem eius nati fuissent, an et de his, qui vivo eo ab eo suscepti fuissent post testamentum factum, quum manente matrimonio decessisset; verum aequum est proficere, sive vivo marito, sive post mortem nascantur. — L. 7. C. de inst. et subst.

del testatore, è già avvenuta alla data del testamento non sapendolo, sarà validamente adempiuta (o).

2) Quando lo stesso testatore ha determinato il tempo dell'adempimento, la condizione si terrà come deficiente se non avviene nel tempo stabilito dal testatore. Onde non vale un adempimento posteriore: e la condizione che si avvera prima del tempo stabilito, se è affermativa, ed è stato fissato un termine assoluto per l'adempimento, verrà sempre riguardata come non adempiuta; non così se è stato dato un periodo di tempo p. e. un biennio e la condizione si avvera prima di scorrere due anni; essa dee esser considerata come adempiuta (p). Se la condizione è negativa si deve attendere al pensiero del testatore; se è casuale quando fino al punto determinato è impossibile il fatto contrario, si terrà come adempiuta; se è potestativa bisogna osservare il tempo determinato per dirsi adempiuta (q).

3) Quando il testatore non ha assegnato un tempo all'adempimento, per la condizione casuale bisogna accettare quello che nasce dalla natura stessa della cosa, cioè dev'essere adempiuta durante la vita dell'erede o del legatario (r); per la condizione potestativa, bisogna distinguere l'istituzione di erede dal legato; per questo la condizione dev'essere necessariamente adempiuta *quam primum potuerit;* dovechè questa limitazione non è applicabile all'istituzione dell'erede, il quale potrà adempirla quando vorrà (s).

Alle volte la condizione si ritiene come adempiuta, quantunque il fatto che ne formava l'oggetto non sia venuto alla esistenza. Oltre i casi veduti nella teoria generale delle condizioni (§. 52.) appartengono a questa categoria i seguenti:

(o) L. 10. §. 1. L. 11. eod.

(p) L. 41. §. 1. de manum. test. (40. 4.). *Pomp.* Sed si ita sit scriptum in testamento: *Stichus, servus meus, heredi meo mille numos anno, biennio, triennio, postquam ego mortuus ero, si solverit, satisve fecerit, liber esto,* non potest is servus, nisi triennio praeterito, liber esse, nisi praesentem eam pecuniam solvat, aut satisfaciat; compensanda etenim est heredi libertatis celeritas praematurae pecuniarum solutioni.

(q) L. 8. 10. 99. §. 1. de verb. obl. (45. 1.). *Pompon.* Si ita stipulatus fuero: *decem aut quinque dari spondes?* quinque debentur; et si ita : *kalendis Ianuariis , vel Februariis dari spondes?* Perinde est, quasi kalendis Februariis stipulatus sim.

(r) L. 59. 109. de cond. et demonst. (35. 1.).—L. 4. pr. L. 13. quando dies (36. 2.). *Pompon.* Huiusmodi legatum: *sive illud factum fuerit , sive non fuerit , illi do lego,* ad heredem non transit, nisi alter casus vivo legatario exiterit , quoniam causa , ex qua debeatur , praecedere semper debet, nec, quia certum est, alterutrum futurum, omnimodo debebitur; nam tale legatum: *quum morietur heres dato,* certum est, debitum iri , et tamen ad heredem legatarii non transit, si vivo herede decedat. — L. un. §. 7. C. de cadne. toll.

(s) L. 29. de cond. et demonstr. (35. 1.). *Iulian.* Haec conditio: *si in Capitolium ascenderit,* sic recipienda est , si quum primum potuerit Capitolium ascendere. — L. 4. §. 2. L. 5. de hered. inst. (28. 5.).

1) quando la condizione consiste in ciò che l'erede o il legatario devono compire qualche azione in favore di un terzo, se questi rinuncia, la condizione si ritiene adempiuta (t); e

2) nelle condizioni potestative negative, il cui adempimento si prolungherebbe senza limiti, giacchè dovrebbero reputarsi adempiute quando fosse impossibile per l'erede o legatario l'azione contraria, e per ordinario la possibilità del contrario dura quanto la vita. Ciò può essere contrario all' intenzione del testatore, e può avvenire che non adempiendosi la condizione durante la vita dell' erede o legatario, questi non acquisteranno mai, nè per conseguenza acquisteranno i loro eredi.

Per ovviare a questo inconveniente si è stabilita la *cautio Muciana*, detta così dal suo autore *Mucio Scevola:* il cui concetto fondamentale è quando da una disposizione è manifesto che il testatore non pensava di tenere il beneficato per tanto tempo sotto una condizione potestativa negativa, questa deve considerarsi come adempiuta, purchè l'erede o il legatario promettano di non fare quella determinata azione, e dieno sicura cauzione di restituire quanto han ricevuto con tutti i frutti, quante volte non mantengano la promessa. Ciò si applica:

1) Quando la *conditio non faciendi* è concepita in modo che solamente la morte del legatario rende impossibile l'azione contraria (u).

2) Quando la *conditio non faciendi* consiste in ciò che l'erede o legatario debba astenersi da qualche azione, che suppone già l'acquisto dell' eredità o del legato. Esempio per l'istituzione dell'erede può esser questo, *si servum* HEREDITARIUM *non alienaverit ;* prima che l'erede non accetti l'eredità, non è possibile la condizione di servo della eredità (v).

3) Quando poi il contenuto della *conditio non faciendi* consiste in ciò che l'inscritto nel testamento non debba eseguire una tal cosa verso una persona determinata, p. e. se non si scioglie dalla moglie, se non sposa Sempronia ec., essendo l'adempimento di tale condizione possibile anche

(t) L. 3. 11. de cond. inst. (28. 7.). *Iulian.* Si quis testamento hoc modo scripserit : *filius meus, si Titium adoptaverit, heres esto ; si non adoptaverit, exheres esto*, et filio parato adoptare Titius nolit se arrogandum dare, erit filius heres quasi expleta conditione.—L. 13. pr. de annis legat. (33. 1.). — L. 14. 31. 45. 78. de cond. et demonst. (35. 1.). — L. 5. §. 5. quando dies (36. 2.). — L. 3. §. 1. de statutib. (40. 7.). — L. 1. C. de inst. sub cond. (6. 25.).

(u) L. 76. §. 7. de legat. (31.). — L. 79. §. 2. de cond. et demonst. (35. 1.). — L. 73. Nov. 22. c. 44.

(v) L. 73. de cond. et demonst. (35. 1.).— L. 65. §. 1. ad SC. Treb. (36. 1.). *Marcian.* Si testator rogasset heredem, ut restituat hereditatem mulieri, si non nupsisset, dicendum erit, compellendum heredem, si suspectam dicat hereditatem, adire et restituere eam mulieri, etiamsi nupsisset. Idem in ceteris quoque conditionibus Iulianus noster probat, quae similiter nisi fine vitae expleri non possent; secundum quam sententiam cautione praestita his, quorum interest, ab his, quibus restitui sub iisdem conditionibus heres rogatus esset, restituet hereditatem.

durante la vita dell'erede o del legatario, si attende l'adempimento medesimo, quando questa fosse stata pure l'intenzione del testatore (w). Nondimeno per eccezione se questa terza persona determinata è strettamente congiunta coll'erede o col legatario, da sembrare impossibile che il testatore avesse voluto metterli per mezzo di siffatta condizione in posto di sperare la morte del congiunto, la condizione allora si terrà come adempiuta mediante la cauzione Muciana (x).

La cauzione Muciana è ammessa non solo in favore dei legatarii, ma ancora in favore dell'erede, e quantunque anche senza essa questi potesse avere mediante cauzione la *bonor. poss. secundum tabulas* (y), a lui la *cautio Muciana* non è inutile. La *bonorum possessio* ha questo di particolare, che se l' erede muore *pendente conditione* è di nessun effetto; dovechè per mezzo della cauzione Muciana la condizione si reputa adempiuta, e segue realmente l' adizione della eredità, sebbene l' avveramento del fatto contrario costringesse alla restituzione dell' eredità con tutti i frutti.

Per la cauzione Muciana l'erede istituito deve sottostare a tutte le restrizioni osservate nei legati, cioè che bisogna attendere l'effettivo adempimento della condizione, quando è manifesta l' intenzione del testatore a questo riguardo, e quando specialmente la condizione può adempiersi durante la vita dell' erede.

La cauzione Muciana dev' essere data a colui, *ad quem iure civili deficiente conditione id legatum cave hereditas pertinere potest* (z) (2).

III. In generale la condizione, aggiunta ad una disposizione di ultima volontà, rimette la delazione dell' eredità al tempo del suo adempimento coi medesimi principii notati nella parte generale a questo riguardo (§. 52.).

(w) L. 106. de cond. et demonstr. (35.1.). *Iulian.* Hoc genus legati: *si Titio non nupserit*, perinde habendum est, ac si post mortem Titii legatum fuisset, et ideo nec Muciana satisdatione interposita capere legatum potest; sed et alii nubendo, nihilo minus legatum consequitur.— L. 72. §. 2. L. 73. 101. §. 3. eod. L. 65. §. 1. ad SC. um. Trebell. (36. 1.).

(x) L. 72. pr. §. 1. de cond. et demonst. (35. 1.). *Papinian.* Quum tale legatum esset relictum: *Titiae si a liberis non discesserit*, negaverunt, eam recte cavere, quia vel mortuis liberis legati conditio posset existere; sed displicuit sententia, non enim voto matris opponi tam ominosa non interponendae cautionis interpretatio debuit. §. 1. Et quum patronus liberto certam pecuniam legasset, si a liberis eius non discessisset, permisit Imperator velut Mucianam cautionem offerri; fuit enim periculosum ac triste, libertum coniunctum patroni liberis eorundem exspectare.

(y) L. 23. de hered. inst. (28. 5.). *Pompon.* Si quis instituatur heres in diem certum vel incertum is, bonorum possessionem agnoscere potest, et tanquam heres distrahere hereditatem. — L. 3. §. 13. de honor. poss. cont. tab. (37. 4.). — L. 2. §. 1. L. 5. pr 6. 10. 12. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.).—L. 12. qui satisdare (2. 8.).—L. 8. pr. de stipul. servor (46.5.).

(z) L. 18. de cond. (35. 1.).

ANNOTAZIONI

(1) Sulla condizione risolutiva alcuni giuristi moderni stabiliscono la teoria, che essa nei legati come nella istituzione di erede si debbe convertire in una condiziono sospensiva (aa).

Il fondamento di siffatta opinione sembra essere il seguente: pel legato è non solamente riconosciuto espresso, che tale condizione non ha forza risolutiva (bb); ma sarebbe anzi la sua conversione in sospensiva riconosciuta in molti passi (cc): nè ciò si opporrebbe alla legge 26. C. cit. (6. 36); poichè qui non si tratterebbe di un legato condizionale, ma di un legato a termine. Per la istituzione dell'erede mancano certamente leggi espresse: ma poichè è senza contesa accettato, che le condizioni valgono più secondo l'intenzione che secondo la parola del testatore, una condizione espressa risolutivamente (Tizio sarà mio erede fino che avvenga questo fatto) non deve intendersi secondo la parola, perchè osta alla legge 88 *de hered. instituend.*, ma devesi intendere come se il testatore avesse imposta una condizione sospensiva (Tizio dev' essere mio erede se un tal fatto non si avvera); tanto più ch'è appunto lo stesso, ricevere una cosa immediatamente e restituirla quando segue un determinato fatto, o riceverla per sempre quando è certo che tal fatto più non seguirà. Per la qual cosa il mutare una condizione risolutiva in sospensiva non solo corrisponde alla natura stessa delle cose, ma devesi pure ammettere per analogia della teoria dei legati.

Contro quest' opinione si oppone che:

a) Prima di ogni altro la teoria fonda sopra un falso supposto; in quanto che tutte quelle leggi citate non parlano mica di condizione risolutiva, ma di una *ademptio* condizionale, il che è cosa molto diversa. Una tale *ademptio* avviene p. e. quando il testatore prima dicesse: io ho intenzione di dare 100 a Tizio e poi soggiungesse: Tizio non deve avere i 100, se si avveri questa o quell'altra contingenza. Che tuttociò valga come se avesse detto Tizio non deve avere i cento se non si avvera una determinata condizione (il fatto contrario alla detta contingenza) è chiaro abbastanza; onde i giuristi romani levarono a massima che un' *ademptio* condizionale contiene una *datio* sotto la condizione opposta. Da tale sospensiva negativa condizione si distingue la risolutiva (Tizio deve avere 100 fino a tanto che non si avvera un determinato fatto).

Ora che quest' ultima si potesse convertire in sospensiva, mancano veramente testimonianze legali. Molto più la condizione risolutiva o il *tempus ad quod* non era ammesso in un legato: divieto tolto da Giustiniano, poichè nella legge 26. Cod. cit. si parla di legati ad *tempus incertum*, che è già una condizione risolutiva (dd).

(aa) *Wening*, *Ingenheim*, Annal. di prat. civ. I. g.—*Zimmern*, cod. VII. 7.—*Hunger*, diritto di succes. I. §. 20. amm. 5.

(bb) L. 55. de legatis (30).

(cc) L. 10. 14. de adim. vel trasf. leg. (34. 4.). *Iulian.* Si legatum pure datum Titio adimatur sub conditione, et pendente conditione Titius decesserit, quamvis conditio defecerit, ad heredem Titii legatum non pertinebit; nam legatum quum sub conditione adimitur, perinde est, ac si sub contraria conditione datum fuisset.—L. 107. fin. de cond. et demonstr. (35. 1.).—L. 6. pr. quando dies legat. (36. 2.).

(dd) L. 55. de legat. (30). — L. 44. de Act. et obl. (44. 7.).

b) Da tuttociò scende naturalmente che il fondamento della nuova teoria manca poi in ogni guisa per la istituzione dell'erede, e che erronei sono gli altri argomenti. Imperciocchè quantunque è certo che negli atti di ultima volontà debbesi aver riguardo molto più alla volontà del testatore che alle parole, pure questo principio non bisogna estenderlo al caso che le parole senza dubbio si oppongano alle leggi. Avendo la legge stabilito che, una volta erede, non si può cessare di essere tale, quando il testatore determina chiaramente, che l'erede debba cessare appena si avveri un fatto determinato, questa dichiarazione di ultima volontà dev' essere annullata: nè per nulla abbiamo il diritto d'interpretare quella non dubbia espressione in altro modo.

Quindi con ragione molti scrittori moderni si sono dichiarati contrarii a questa novella teoria (ee).

(2) In rapporto alla cauzione Muciana fa mestiere concentrare la nostra attenzione sopra un'animata e molto importante controversia. Si è detto che la cauzione dev' essere prestata a colui o a coloro, ai quali potesse ricadere il legato o l'credità, sottoposta a condizione potestativa negativa.

Pel legato è agevole comprendere che la cauzione dev' essere data all' erede: nè è difficile il caso quando, per l'eredità, vi siano altri eredi istituiti nel medesimo testamento, poichè in questo caso la cauzione dev' essere data dall' erede condizionale agli altri eredi. Il difficile è quando vi fosse un solo erede istituito sotto la condizione potestativa negativa, e perfettamente sopra questo punto versa la quistione. Alcuni giuristi credono che in questo caso la condizione dev'essere considerata come impossibile, e per conseguenza come non messa, per la ragione, che non vi è persona alla quale si potesse dare cauzione, stantechè solamente i coeredi e non già pure i sostituti, e gli eredi *ab intestato* potrebbero aver diritto di ricevere la cauzione (ff). Altri all' incontro distinguono i sostituti dagli eredi *ab intestato*; ai primi l' erede dovrebbe dare la cauzione, rispetto ai secondi la condizione dev' essere riguardata come impossibile e per conseguenza come non messa (gg). Altri finalmente opinano che anche gli eredi *ab intestato* abbiano il diritto di ricevere la cauzione Muciana (hh).

Considerando la natura della cauzione Muciana ed alcune leggi non dubbie, sembra più esatta la seconda opinione, che la cauzione dev' essere prestata ai coeredi o al sostituto, in mancanza dei quali la condizione potestativa negativa dev' essere ritenuta per impossibile, salvo qualche caso speciale.

Prima di ogni altro debbesi ricordare il rigoroso principio: fin tanto che esiste la più lieve speranza di una successione testamentaria, non è caso di successione *ab intestato* (ii); onde prima che la successione testamentaria non cada, nessuno può dirsi crede *ab intestato*. Non così pel sostituto, poichè il diritto di costui avendo

(ee) Ved. *Thibaut*, Archivio di pr. civ. V. 13. VII. 19. — *Franke*, il diritto degli eredi necess. pag. 45.—*Rosshirt*, success. testam. I. pag. 301.—*Mühlenbruch*, comm. XL. pag. 190.—*Savigny*, sist. III. pag. 218.—*Puchta*, pand. §. 475.—*Vangerow*. Pand. §. 434. ann. 1.

(ff) *Donelli*, comm. iur. civ. VIII. c. 33. §. 21.—*Thibaut*, §. 254.

(gg) *Zimmern*, de caut. Muciana. pag. 33.—*Rosshirt*, I. §. 382.—*Fabricius*, origine delle *bon. poss.* pag. 65.

(hh) Ved. *Mühlenbruch*, XLI. pag. 195.—*Wening*, §. 459.—*Puchta*, Pand. §. 475.

(ii) L. 39. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). *Ulp.* Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. — L. 8. C. comm. de success. (6. 59.).

origine dalla medesima delazione del primo erede dev' essere egualmente riguardato, quantunque potesse estinguersi con la morte del sostituto prima dell'instituito. Qui adunque il sostituto è da considerarsi come un coerede, al quale per diritto è dovuta la cauzione.

Appartiene inoltre alla essenza della cauzione medesima che per mezzo della prestazione di essa si adempie la condizione potestativa negativa. Se adunque la prestazione di siffatta cauzione riuscisse impossibile, non essendovi alcuno a cui devesi prestare, l' adempimento stesso della condizione sarebbe impossibile.

Questi risultati sono in armonia delle leggi. Di fatti le leggi 8 pr. de stipul. praet. (46. 5.). e 11 *qui satisdare cog.* (2. 8.) stabiliscono che l' erede *ex asse* istituito sotto una condizione deve prestare cauzione al sostituto: ora non si potrà senza arbitrio escludere la cauzione Muciana dovuta per una condizione potestativa negativa. Che l' erede *ex asse* non sia tenuto a prestare cauzione agli eredi *ab intestato*, risulta da due leggi anche chiare abbastanza:

a) *Ulp.* L. 4. §. L. de cond. inst. (28. 7.). « Idem Iulianus scribit: eum, qui ita « heres institutus est , si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi « impleri conditionem; ceterum *si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione* « *heredem institutum videri*, quae sententia vera est ». Coloro che contrariano questa opinione si sono provati ad interpretare diversamente il passo citato. Alcuni, seguendo *Bartolo* e *Voet*, vogliono supporre, che Ulpiano accettando l'opinione di Giuliano pensi al caso che non esistano eredi *ab intestato*. *Cuiacio* all' incontro dirige l' attenzione sulle parole *servus hereditarius*, sotto al qual nome comprende il servo appartenente alla *hereditas iacens;* ora la condizione messa all'erede *ex asse* di non alienare il *servus hereditarius* dev' essere considerata come impossibile, non potendosi mai operare contro di essa; non prima di entrare nella eredità, perchè il servo non appartiene ancora all'erede; non dopo poichè allora non è più *hereditarius* (kk).

È inutile dimostrare come queste interpretazioni sieno effetto di una idea preconcetta, alla quale volendosi far piegare le leggi, è necessario supporre casi non pensati dal legislatore. Non sono stati più felici coloro, che han seguito l' opinione del *Faber*, il quale argomenta così: La condizione *si servum hereditarium non alienaverit* ha questo carattere che non può essere adempiuta prima che l' erede entri nell'eredità; poichè prima, non potendosi alienare le cose ereditarie, il fatto contrario non è possibile. D' altra parte necessitando per essere erede adempiere la condizione, nasce una contrarietà di cose, per la quale, purchè vi sia un solo erede, la condizione è reputata impossibile. Ma questa conseguenza dettata solo dalla strana natura di tale condizione, non può divenire un principio generale per la *cautio Muciana*. In fatti se il testatore avesse espressa la condizione in questa guisa: *si servum suum non alienaverit*, l' erede *ex asse* dovrebbe allora prestare cauzione anche agli eredi *ab intestato* (ll). Questa argomentazione salta a piè pari la distinzione che *Ulpiano* fa nella legge tra *heres partiarius* ed *heres ex asse*, distinzione che costituisce il perno della decisione del giurista romano. In fatti i medesimi motivi della interpretazione di *Faber* nel qualificare impossibile quella condizione sarebbero applicabili anche quando nel testamento vi fossero coeredi; poichè, anche pel coerede istituito sotto la condizione: *si servum hereditarium non alienaverit* è impossibile

(kk) *Voet.* ad Pand. ad Tit. D. de cond. et demonst. §. —*Cujacii*, observat. iur. civ. I. h.
(ll) Ved. *Faber*, coniecturae, II. 16.—*Mühlenbruch*, cit.

il fatto contrario prima che entrasse nella eredità, e la condizione dovrebbe essere considerata come impossibile; ed allora a che la distinzione di Ulpiano, e più la sua decisione affermativa: *caventem coheredi impleri conditionem ?*

Il concetto fondamentale è invece che la condizione potestativa negativa si reputa adempiuta già con la prestazione della *cautio Muciana:* questo modo di adempimento nella condizione: *Si servum hereditarium non alienaverit* è possibile anche prima che l'erede entrasse nella eredità, purchè siavi qualcuno, a cui prestare cauzione. Se veramente l'erede *ab intestato* avesse diritto ad avere la cauzione, non vi sarebbe ragione di reputarla impossibile nemmeno per l'erede *ex asse.*

b) *Ulp.* L. 7. §. 1. de cond. et demonstr. « Unde si uxor maritum suum, cui dotem promiserat, ita heredem scripserit ex parte: si dotem, quam ei promisi, neque petierit, neque exegerit denuntiare eum posse coheredi, paratum se accepto facere dotem, vel cavere et ita adire posse hereditatem. Sed si ex asse sit institutus maritus sub ea conditione, *quoniam non est, cui caveat, non impediri eum, quominus adeat hereditatem; nam iure ipso impleta conditio videtur eo,* quod non est, quem possit de dote convenire ipse adeundo hereditatem ». Un identico caso tratta Labeone nella legge 20 de cond. inst., e dopo di aver determinato che l'*heres partiarius* adempie alla condizione per mezzo di accettilazione soggiunge: « Quod si solus heres institutus esset in tali conditione nihilo minus puto statim eum heredem futurum, quia *conditio pro non scripta accipienda est.* Anche in questi passi adunque è fatta distinzione; se vi sono altri coeredi devesi prestare ad essi cauzione; se l'erede è solo istituto, non essendo alcuno che potesse ricevere la cauzione, la condizione è considerata come adempiuta, o meglio come non messa essendo da considerarsi impossibile.

Non ostante le chiare parole di questi due passi non sono mancate le diverse interpretazioni di coloro che sostengono la opinione contraria. Infatti, essi dicono, che il risultato delle leggi di Ulpiano e Labeone non è tratto propriamente dal principio non doversi la cauzione agli eredi *ab intestato*, ma molto più dal fatto che con l'entrare nella eredità la condizione si adempie necessariamente, perchè il credito del marito si estingue per mezzo della confusione che ne succede, nè vi è persona ch'egli possa convenire in giudizio. Ammettiamo da una parte che tale fondamento non fu estraneo al pensiero di Ulpiano, ma dubitiamo fortemente che per questo quella legge lasciasse di rafforzare il nostro assunto. Di vero la sola contingenza che in questo caso la condizione sarebbe adempiuta col solo entrare nella eredità, non potrebbe secondo lo stretto diritto dare al marito la facoltà di acquistarla; imperocchè è necessità di ogni condizione, ch'essa deve essere adempiuta prima di ereditare, nè quella specialità fa la condizione negativa potestativa differente dalle altre di simile natura, chè tutte vanno soggette alle medesime regole; per conseguenza anche la condizione potestativa negativa che sarebbe adempiuta coll'entrare nella eredità dovrebbe sottostare alla cauzione Muciana. Ora nel nostro caso se vi fosse alcuno che potesse pretendere la cauzione bisognerebbe indubbiamente prestarla per la detta necessità. Quando dunque è disposto che l'erede può acquistare la successione immediatamente, il vero fondamento giuridico non sta in ciò, che la condizione è adempiuta coll'entrare nella eredità; ma molto più che non vi è persona, a cui possa prestarsi la cauzione, e perciò la condizione addiviene impossibile (mm).

(mm) *Vangerow*, §. 436.

Conchiudendo adunque diciamo la cauzione Muciana doversi prestarsi sempre dal legatario all'erede; dall'erede ai coeredi o ai sostituti; in mancanza di essi doversi la condizione potestativa negativa reputare impossibile e per conseguenza come non messa.

Solo quando si tratta della *conditio viduitatis* la prestazione della cauzione è dovuta anche agli eredi *ab intestato* (nn); la quale disposizione deve aversi come singolare; così non dubbiamente la legge stessa dà addivedere nelle parole *ut undique lex habent propriam perfectionem.*

§. 235.

2) Della determinazione di tempo, e del modo.

§. 9. Inst. de hered. Inst. (2. 14.). — Heres pure et sub conditione institui potest; ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, veluti *post quinquennium quam morior, vel ex kalendis illis, vel usque ad calendas illas heres esto*. Denique diem adiectum haberi pro supervacuo placet, et perinde esse ac si pure heres institutus esset.

Savigny, Sist III. pag. 204. ss. pag. 226. ss.—*Mühlenbruch*, comm. XL. pag. 188. ss. XLI. 269.

Anche la teoria del tempo ha una differente applicazione nelle successioni che negli atti tra vivi (§. 53.). Generalmente nei testamenti non è ammessa determinazione di tempo; il solo *dies incertus* dev'essere considerato come condizione e soggetto però alle regole di essa. La ragione è che dopo la morte del testatore è inconcepibile che la eredità stia senza essere rappresentata da un erede; molto meno che vi sia prima una successione *ab intestato* fino alla determinazione del tempo, e da questo *(dies a quo)* una successione testamentaria; ovvero per converso che vi sia prima una successione testamentaria fino ad un determinato giorno *(dies ad quem)*, e poi una *ab intestato;* poichè tutto ciò si opporrebbe alla nota massima *semel heres semper heres* (a).

In questa teoria non varrebbe l'analogia delle condizioni, le quali come la determinazione di tempo assoggetta a futuri avvenimenti la delazione della eredità; imperciocchè la condizione ha un effetto retroattivo, ed avvenuta, si riattacca alla morte del testatore, sicchè non vi sarà mai intervallo tra la morte del testatore e il devolversi dell'eredità; ciò che non avverrebbe per la determinazione di tempo la quale non ha effetto retroattivo come la condizione. Per rispettare i principii, fa mestieri considera-

(nn) L. 18. de cond. et demonst. (35. 1.). — Nov. 29. c. 44.

(a) L. 34. de hered. inst. (28. 5.). *Papinian.* Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio. — §. 9. Inst. de her. inst. (2. 14.).— Heres et pure et sub conditione institui potest. Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest (veluti *post quinquennium quam moriar*, vel *ex Calendis illis*, vel *usque ad Calendas illas heres esto*): denique adiectum haberi pro supervacuo placet, et perinde esse, ac si pure heres institutus esset.

re come non messo il *dies certus*, e dare il carattere di condizione con tutti i suoi effetti al *dies incertus* (b).

Tutto ciò vale per la istituzione dell'erede; dovechè nei legati è possibile la determinazione di tempo, in guisa che il legato viene acquistato dalla morte del testatore *(dies cedit)*, ma il godimento comincerà dal tempo determinato *(dies venit)*.

Nel testamento può essere aggiunto un'altra determinazione, il modo (§. 54.), all'esecuzione del quale l'erede può essere costretto indirettamente dal testatore stesso per mezzo di una pena (c), direttamente da colui, nell'interesse del quale è determinato il modo (d); ancora dai coeredi (e), e finalmente in caso di necessità dai magistrati (f). È considerato

(b) L. 75. de cond. et demonst. (35. 1.). — *Papinian.* Dies incertus conditionem in testamento facit.

(c) L. 6. pr. L. 27. de cond. et demonstr. (351.). *Alfen. Var.* In testamento quidam scripserat, ut sibi monumentum ad exemplum eius, quod in via Salaria esset Publii Septimii Demetrii, fieret, nisi factum esset, heredes magna pecunia multari; et quum id monumentum Publii Septimii Demetrii nullum repericbatur, sed Publii Septimii Damae erat, ad quod exemplum suspicabatur, cum, qui testamentum fecerat monumentum sibi fieri voluisse, quaerebant heredes, cuiusmodi monumentum se facere oporteret, et si ob eam rem nullum monumentum fecissent, quia non reperirent, ad quod exemplum facerent, num poena tenerentur. Respondit, si intelligeretur, quod monumentum demonstrare voluisset is, qui testamentum fecisset, tametsi in scriptura non tam esset, tamen ad id, quod ille se demonstrare animo sensisset, fieri debere; sin autem voluntas eius ignoraretur, poenam quidem nullam vim habere, quoniam ad quod exemplum fieri iussisset, id nusquam extaret; monumentum tamen omnimodo secundum substantiam et dignitatem defuncti extruere debere.

(d) L. 2. C. de his quae sub modo (6. 45.). *Gordian.* Ex his verbis: *Titio decem millia vel insulam relinquo, ita ut quinque millia ex his vel eandem insulam Maevio restituat*, licet antea neque legati neque fideicommissi petitio nascebatur, tamen in libertate a divo Severo hoc admissum est. Sed et in pecuniariis causis voluntatis tuendae gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex huiusmodi verbis, sive ad conditionem, sive ad modum respiciant, sive ad dandum, vel faciendum aliquid, fideicommissi actio omnifariam nascatur, videlicet in conditionibus post exitum earum. Sin vero legato aut fideicommisso relicto, testator legatarium seu, fideicommissarium prohibuerit heredem suum vel alium quendam debitum exigere, habet debitor adversus legatarium seu fideicommissarium agentem usque ad quantitatem relicti fideicommissi vel legati exceptionem. — §. 36. Inst. de leg. (2. 20.).

(e) L. 18. §. 2. L. 44. fin. famil. ercis. (10. 2.). *Ulp.* Idem quaerit, si quia testamento caverit, ut servus exportandus veneat, officio familiae erciscundae iudicis contineri, ut voluntas defuncti non intercidat. Sed et, quum monumentum iussit testator fieri, familiae erciscundae agent, ut fiat. Idem tamen tentat, quia heredum interest, quos ius monumenti sequitur, praescriptis verbis posse eos experiri, ut monumentum fiat. — L. 7. de annuis legat. (33. 1.).

(f) L. 50. §. 1. de hered. pet. (5. 3.). *Papinian.* Si defuncto monumentum conditionis implendae gratia bonae fidei possessor fecerit, potest dici, quia voluntas defuncti vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumtus, vel quantum testator iusserit, non excedat eum, cui, aufertur hereditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum, aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditario negotio gesto. Quamvis enim stricto iure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen Principali vel Pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis.

come un modo, la condizione che l'erede promettesse con giuramento un certo obbligo (g).

II. Dei testamenti in particolare.

A. Dei testamenti privati.

T. Inst. de testamentis ordinandis (2. 10.); — D. qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamentum fiat (28. 1.); — C. de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur (6. 23.).

§. 236.

1) Requisiti generali per il testamento privato.

I testamenti privati secondo il diritto romano sono o scritti, o verbali (nuncupativi); per entrambe queste due forme si richiede che vi siano sette testimoni idonei, e l'unità di tempo, di luogo e di azione (a).

I. Perciò che riguarda il primo requisito bisogna osservare i seguenti principii.

1) I sette testimoni devono esser rogati, ossia appositamente chiamati; e se mai si trovassero a caso, bisogna far loro intendere che debbono servire da testimoni in un atto di ultima volontà (b).

2) Si richiede in secondo luogo che essi vengano liberamente, sotto pena di nullità dell'atto se vi fosse la minima ombra di violenza (c).

3) I testimoni debbono essere presenti al testatore, almeno al momento della formazione del testamento (d).

4) Perciò che riguarda l'idoneità dei testimoni, avvi il principio che sono non idonei tutti coloro, ai quali manca la *testamenti factio* (e). Però

(g) L. 8. de cond. inst. (28. 7.).

(a) Ved. Appendice.

(b) L. 21. §. 2. h. t. — In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat, alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet; quod sic accipiendum est, ut, licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere.

(c) L. 20. §. 10. h. t. *Ulp.* Sed si detenti sint inviti ibi testes, putant, non valere testamentum. Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, nec cui bonis interdictum est, neque is, quem leges iubent improbum intestabilemque esse, possunt in numero testium adhiberi.

(d) L. 9. ved. not. (g). — L. 28. §. 1. C. h. t.—L. 22. §. 1. h. t.— §. 7. Inst. h. t.

(e) §. 6. Inst. h. t.— L. 18. pr. L. 20. §. 7. h. t. — *Ulp.* fragm. XX. 7. 8.

questo principio non debbe aversi come una massima sufficiente, essendovi altri motivi d'incapacità. Sono quindi incapaci:

a) Per motivo naturale i dementi, ai quali sono equiparati i prodighi, gl'impuberi, i sordi o sordimuti (f). I ciechi sembra che siano considerati come non idonei per il testamento scritto; non pel nuncupativo, in cui è sufficiente che stieno in *cospectu testatoris* (g).

b) I peregrini e gli schiavi (h).

c) Le donne in generale (i).

d) Gl'*improbi* e gl'*intestabiles*. Indipendentemente dalle leggi delle 12 tav. appartengono a questa categoria secondo il diritto giustinianeo i pasquillanti, gli eretici e gli apostati (j). Al proposito Giustiniano estese di molto più questo requisito, determinando che solamente uomini *bonae opinionis* dovevano essere chiamati a testimoni nel testamento; ossia coloro che sono incensurabili nella loro condizione sociale, e nella fama: sono quindi tutte le *personae infames*, e *turpes* non idonee (k).

e) Il testatore ed il figlio in potestà di lui (l).

(f) L. 18. 20. §. 4. b. t. §. 6.—Inst. h. t.—ved. not. (c).

(g) Ved. §. 6. Inst. b. t. confr. L. 9. C. h. t. *Dioclet*. et *Maxim*. Si non speciali privilegio patriae tuae iuris observatio relaxata est, et testes non in conspectu testatoris testimoniorum officio functi sunt, nullo iure testamentum valet.—L. 8. C. qui testam. fac. poss. (6.22.).— Ved. *Vangerow*, §. 444. — *Marezoll*, giornale di Giessen. IV. pag. 58. — *Hunger*, diritto di success. pag. 102. — *Thibaut*, sist. §. 829. — *Wening.*, §. 447. — *Mackeldey*, §. 6. 40. — *Rosshirt*, success. testam. I. pag. 429. — Ved. in contrario. *Koch*, de conspectu testatoris ad leg. 9. C. de testamentis, Giessen 1755. — *Westphal*, dei testamenti §. 182. — *Mühlenbruch*, comp. §. 650. — *Puchta*, Pand. §. 455. — *Arndts*, Pand. §. 486. ann. 4.

(b) §. 6. Inst. b. t. — Ved. not. (g).

(i) L. 20. §. 6. b. t. *Ulp*. Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit, alias autem posse testem esse mulierem, argumento est lex Iulia de adulteriis, quae adulterii damnatam testem produci, vel dicere testimonium vetat. — L. 15. §. 1. de test. (22. 5.).

(j) L. 18. §. 1. b. t. *Ulp*. Si quis ob carmen famosum damnatur, Senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit; ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi. — L. 21. pr. de test. (22. 5.). — L. 5. §. 9. 10. de iniur. (47. 10.). — L. 4. C. de haeret. (1. 5.). — L. 4. C. de apost. (1. 7.).

(k) Nov. 90. c. 1. Sancimus vero, praesertim in magna hac et felici urbe, ubi magna exsistit (Deus sermonem dirigat) proborum bonorumque virorum copia, ut testes bonae existimationis sint, et vel propter dignitatem, vel militiam, vel divitias, vel indubitatum officium eiusmodi calumnia superiores exsistant, vel si tales non sint, ab aliis tamen, quod fide digni sint, testimonium habeant. Nec sedentarii quidam, nec humiles, nec plane obscuri ad testimonium veniant, sed ut, si de iis dubitetur, facile demonstrari possit, vitam testium inculpatam et moderatam esse. Si vero ignoti quidam et plane obscuri sint, atque videantur circa testimonii veritatem aliquid voluisse corrumpere, tormentis etiam subiici possint; et iudices, siquidem magistratus sint, ipsi hoc agant, sin autem alii sint, quam qui imperia habent, hic quidem apparitorem magnificentissimi praetoris plebis, in provincia vero defensorem locorum assumant, et per eos tormentis illos subiiciant, ut nihil de veritate celent, vel hac etiam ratione pecunia accepta testimonium dixisse, vel etiam aliter circa id dolose versatos esse deprehendantur.

(l) §. 9. Inst. h. t. In testibus autem non debet is esse, qui in potestate testatoris est. Sed

f) L'erede stesso, e le persone congiunte a lui per patria potestà (m).

Il tempo per determinare l'idoneità de'testimoni è la formazione del testamento; per conseguenza una incapacità avvenuta di poi non nuoce (n). Pure se un testimone incapace fu ritenuto erroneamente capace, senza che la sua incapacità si conoscesse nè dal testatore nè dagli altri testimoni, il testamento fu mantenuto valido da un rescritto di Adriano.

II. Il secondo requisito comune ad entrambe le forme del testamento è l'unità di luogo di tempo e di azione. La prima consiste in ciò, che tutti i testimoni chiamati col testatore devono essere riuniti nel medesimo luogo, sicchè essi si trovino vicini durante la formazione del testamento (o).

L'unità di tempo consiste in ciò, che l'atto del testamento cominci e sia condotto a perfezione nel medesimo giorno, ossia che segua senza interruzione dal principio fino al termine (p).

Finalmente per unità di atto si richiede che il testamento sia incominciato e continuato dalla stessa mano (q).

si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte adhibetur testis, nec is, qui in potestate eiusdem patris est; reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.

(m) §. 10. Inst. h. t. Sed neque heres scriptus, neque is, qui in potestate eius est, neque pater eius, qui eum habet in potestate, neque fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, testes adhiberi possunt, quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi. Licet enim totum ius tale conturbatum fuerat, et veteres, qui familiae emtorem et eos, qui per potestatem ei coadunati fuerant, a testamentariis testimoniis repellebant, heredi et iis, qui per potestatem ei coniuncti fuerant, concedebant testimonia in testamentis praestare, licet ii, qui id permittebant, hoc iure minime abuti eos debere suadebant; tamen nos, eandem observationem corrigentes, et quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiae emtoris, merito nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiae emtoris obtinet, nec aliis personis, quae ei (ut dictum est) coniunctae sunt, licentiam concedimus, sibi quodammodo testimonia praestare: ideoque nec eiusmodi veterem constitutionem nostro Codici inseri permisimus.

(n) L. 22. §. 1. h. t. *Ulp.* Conditionem testium tunc inspicere debemus, quum signarent, non mortis tempore; si igitur tunc, quum signarent, tales fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea iis contigerit. — L. 1. C. h. t.

(o) L. 9. 12. 21. C. h. t. — Ved. not. (g). — L. 8. C. qui testamenta facere poss. (6. 22.).

(p) L. 21. pr. C. h. t. *Theod.* et *Valent.* Hac consultissima lege sancimus, licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt quae in eo scripta sunt, signatam vel ligatam, vel tantum clausam involutamque proferre scripturam, vel ipsius testatoris vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus, septem numero, civibus romanis puberibus, omnibus simul offerre signandam et subscribendam, dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offertur, eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit; quo facto, et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus, testamentum valere, nec ideo infirmari, quod testes nesciant, quae in eo scripta sunt testamento.

(q) §. 3. Inst. h. t. L. 21. §. 3. h. t. *Ulp.* Uno contextu actus testari oportet; est autem uno contextu, nullum actum alienum testamento intermiscere; quod (si) aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur.

Siffatti rigorosi requisiti furono di poi temperati in qualche modo, e propriamente si concede che in caso di morbo contagioso i testimoni potessero stare non immediatamente al cospetto del testatore (r): che una piccola interruzione per occorrenza del testatore o di qualcuno dei testimoni non noccia alla validità del testamento; che uno dei testimoni potesse mancare durante l'atto: purchè fossegli sostituito un altro, il quale prima che l'atto si proseguisse deve farsi assicurare dal testatore, e dai testimoni rimasti che tutto ciò che si è fatto, ebbe luogo in loro presenza (s).

§. 237.

2) Del testamento scritto e nuncupativo.

Si può dichiarare la propria volontà in iscritto, tanto di proprio pugno *(testamentum olographum)*, quanto per mezzo di un altro, *testamentarius, (testamentum allographum)*; la necessità di scriver sempre di proprio pugno almeno la istituzione dell'erede, fu abolita più tardi dallo stesso Giustiniano (a). Indifferente è pure la materia di cui si serve il testa-

(r) L. 8. C. b. t. *Dioclet.* et *Maximian.* Casus maioris ae novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, aliquid de iure laxatum est. Non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum solemnitas peremta est. Testes enim huiusmodi morbo oppresso eo tempore iungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata.

(s) L. 28. C. pr. b. t. *Iustinian.* Si quid autem necessarium evenerit, et in ipsum corpus laborantis respiciens contigerit, id est vel victus necessarii vel potionis oblatio, vel medicaminis datio vel impositio, quibus relictis ipsa sanitas testatoris periclitetur, vel si quis necessarius naturae usus ad depositionem superflui ponderis immineat vel testatori vel testibus, non esse ex hac causa testamentum subvertendum, licet morbus comitialis, quod et factum esse comperimus, uni ex testibus contigerit, sed eo, quod urget et imminet, repleto vel deposito, iterum solita per testamenti factionem adimpleri. Et si quidem a testatore aliquid fiat testibus paulisper separatis, quum coram his facere aliquid naturale testator erubescat, iterum introductis testibus, consequentia factionis testamenti procedere. Si tamen in quendam vel quosdam testium aliquid tale contingat, si quidem ex brevi temporis intervallo necessitas potest transire, iterum eorundem testium reversum exspectari, et solemnia peragi. Sin autem longiore spatio refectio fortuiti casus indigeat, et maxime si salus testatoris periclitantis immineat, tunc illo vel illis testibus, circa quos aliquid tale eveniet, separatis, alios surrogari, et ab eo vel ab eis tam testatorem, quam alios testes sciscitari, si ea, quae eorum praesentiam antecedunt, omnia coram his processissent. Et si hoc fuerit undique manifestum, tunc eos vel eum una cum aliis testibus ea, quae oportet, facere, etsi in medio subscriptiones testium iam fuerant subsecutae. Sic enim et naturae medemur, et mortuorum elogia in suo statu facimus permanere.

(a) Nov. 119. c. 9. Quoniam vero antea legem tulimus, ut testatores vel sua manu, vel per testes nomina heredum testamentis inscriberent, cognovimus autem, per subtilitatem illam multa testamenta subversa esse, quum testatores eam diligentiam adhibere non potuerint, vel fortasse quosdam voluntatem suam notam fieri noluerint, iubemus, ut illis quidem, qui volunt, haec in testamentis suis observare liceat; sin autem haec non observaverint, sed secundum veterem con-

tore per stendervi l'atto, nè nuoce che vi fossero cassature od altro simile vizio, ma sono vietati i segni e le cifre (b).

Perciò che riguarda la solennità del testamento bisogna notare le seguenti regole:

1) Il testatore deve presentare l'atto testamentario ai testimoni, dichiarare che è l'atto della sua ultima volontà, e sottoscriverlo: egli viene liberato da quest'obbligo solamente quando il testamento è scritto di suo proprio pugno (c).

Se poi egli non sa scrivere, ovvero n'è impedito al momento della formazione del testamento, sarà chiamato un idoneo sottoscrittore in vece sua (d).

2) Dopo queste formalità i testimoni devono apporre all'atto il loro nome ed il loro suggello o segno.

III. Il testamento verbale o nuncupativo incomincia dal momento che il testatore ha convocato i testimoni per sentire la sua volontà, e termina appena l'avrà interamente dichiarata. Per questo testamento si richiede soltanto che il testatore adoperasse parole chiare e precise (e).

Per la pruova un tale testamento può anche ridursi in iscritto *(testamentum nuncupativum in scriptum redactum).*

§. 238.

B. Dei testamenti pubblici.

Rosshirt, succ. testam. I. pag. 446. — *Mühlenbruch*, comm. XXXVIII. pag. 305.

A due si possono ridurre i testamenti pubblici: il *testamentum principi oblatum*, e il *testamentum iudiciale.*

1) Il primo consiste in ciò che il testatore dirige l'atto di sua ultima

suetudinem testeutur, sancimus, ut etiam sic testamentum firmum sit, sive quis ipse, sive per aliam personam nomen heredis scripserit, modo testator reliquam legitimam solemnitatem in testamento observet. — Confr. L. 29. C. h. t.

(b) §. 12. Inst. h. t. Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an in chartis membranisve, vel in alia materia fit. — L. 12. 15. C. h. t. L. 4. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.). — L. 6. §. ult. de bon. poss. (37. 1.).

(c) L. 21. pr. 28. C. h. t. — Ved. not. (s).

(d) L. 21. §. 1. C. p. h. t. *Theod.* et *Valent.* Quod si literas testator ignoret vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito eadem servari decernimus.

(e) L. 21. pr. h. t. *Ulp.* Heredes palam, ita ut exaudiri possint, nuncupandi sint; licebit ergo testanti vel nuncupare heredes, vel scribere, sed si nuncupat, palam debet. Quid est palam? Non utique in publicum, sed ut exaudiri possit; exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus; et si plures fueriut testes adhibiti, sufficit, solemnem numerum exaudire.

volontà con una supplica all'imperatore, al quale è consegnato nel consiglio di stato.

2) L'altro testamento si ha quando il testatore presentatosi innanzi al magistrato competente, a voce dichiara la sua volontà, che viene trascritta in protocollo, e depositata nell'archivio (a).

Da questo testamento se ne generò un altro per consuetudine, che fu il *testamentum iudici oblatum*, ignoto però al diritto romano.

III. Del contenuto del testamento.

§. 239.

A. Della istituzione dell'erede.

T. Inst. de heredibus instituendis (2. 14.); — D. h. t. (28. 5.); — C. h. t. (6. 24.) — *Mühlenbruch*, comm. XL. p. 109. §§.

L'istituzione dell'erede, parte fondamentale e indispensabile del testamento, va soggetta alle seguenti regole:

1) L'erede può essere nominato con qualunque espressione; bisogna solamente che vengano adoperate parole precise, e dalle quali si possa rilevare la vera persona nominata (a). Per determinare quindi questa persona può adoperarsi tanto il nome proprio quanto ogni altra chiara indicazione: oltre che l'erede può essere nominato tanto nel testamento quanto in qualunque altro documento p. e. in un codicillo (b).

(a) L. 19. C. h. t.

(a) L. 15. C. de testamentis (6. 23.). *Constantius.* Quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademtis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat, an inflexis. Nec enim interest, si dicatur: *Heredem facio*, vel *instituo*, vel *volo*, vel *mando*, vel *cupio*, vel *esto*, vel *erit*, sed quibuslibet confecta sententiis vel quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo iudiciis ordinandis amota erit solemnium sermonum necessitas, ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quacunque instrumenti materia conscribere, quibuscunque verbis uti, liberam habeant facultatem. — Confr. L. 1. §. 5. L. 48. pr. h. t. — *Gai.* Inst. II. §. 116. 117. — *Ulp.* fragm. XXI.

(b) L. 9. §. 8. *Ulp.* Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit, quod paene nihil a nomine distat, non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi, valet institutio. — L. 77. h. t. *Papin.* Asse toto non distributo ita scriptum est: *Quem heredem codicillis fecero, heres esto;* Titium codicillis heredem instituit; eius quidem institutio valet ideo, quod, licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data videtur; sed hic tantum ex hereditate habebit, quantum ex asse residuum mansit. — Confr. L. 10. de cond. inst. (28. 7.).

2) Il testatore può nominare molti eredi, e se egli nulla determina sulla divisione del patrimonio, s' intendono tutti istituiti con eguali porzioni (c). Ma egli può assegnare a ciascuno degli eredi istituiti direttamente o indirettamente la sua porzione, anche tacitamente secondo il modo della istituzione, come quando alcuni sono stati istituiti singolarmente (*Titius mihi heres esto, Sempronius mihi heres esto*), altri nominati congiuntamente insieme (*Moevius una cum filiis et Tullius heredes sunto*) ovvero, quando molti sono stati istituiti per una sola determinata porzione (d).

3) L' erede una volta istituito è il successore per *universum ius*, che rappresenta tutta la persona del defunto dal momento ch'entra nell'eredità. Onde se il testatore avesse istituito un erede per una cosa o somma determinata, l'istituzione sarebbe viziosa come quella che contraddice al carattere dell' erede quale successore *per universum ius;* è pure mantenuta valida togliendo il limite della *summa* o *res certa* (e). Se vi siano poi altri coeredi istituiti senza determinazione di cosa, questi varranno come veri eredi, e l' istituito in *re certa* sarà considerato come legatario di quella cosa (f).

4) L'istituzione di molti eredi, ciascuno in una porzione determinata, o senza determinazione, quando l' eredità si divide egualmente fra tutti, non si oppone veramente alla necessità giuridica di un successore universale, poichè come tale varrà sempre ciascun erede: nè la divisione del patrimonio restringe la qualità giuridica di alcuno di essi, derivando solo dal fatto mutabile della coesistenza di molti eguali diritti sullo stesso patrimonio. Da ciò consegue che:

a) Se molti eredi sono stati istituiti con porzioni determinate le quali

(c) §. 4. 6. Iust. h. t. L. 9. §. 12. h. t. *Ulp.* Heredes iuris successores sunt, et, si plures instituantur, dividi inter eos a testatore ius oportet; quod si non fiat, omnes aequaliter heredes sunt.

(d) L. 2. 11. 13. pr. §. 1. L. 15. pr. 36. 47. §. 1. L. 59. §. 2. L. 66. 81. pr. §. 1. h. t. *Iavol. Attius fundi Corneliani hsres ssto mihi, duo Titii filius insulae hsrsdss sunto;* habebunt duo Titii semissem, Attius semissem; idque Proculo placet; quid tibi videtur? Respondit, vera est Proculi opinio.—L. 59. §. 2. *Csls. Titius heres ssto, Ssius et Maevius hersdes sunto;* verum est, quod Proculo placet, duos semisses esse, quorum alter coniunctim duobus datur.— L. 12. de bon. poss. contra tab. (37. 11.). — L. 142. de V. S. (50. 16.).

(e) L. 1. §. 4. h. t. *Ulp.* Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione.

(f) L. 13. C. h. t. *Iustinian.* Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri.

prese insieme non esauriscono l' asse ereditario, *ipso iure* la porzione di ciascuno si accresce di un eguale tanto dell' avanzo: come sarebbe egualmente diminuita, se le porzioni assegnate superassero nel loro insieme l' asse ereditario (g).

b) In caso che alcuni siano istituiti per parti determinate ed altri senza porzioni, i primi riceveranno le loro porzioni, e gli altri si divideranno per eguale quel che resta (h). In questa supposizione, se le porzioni dei primi esaurissero l' asse ereditario, i Romani per dare esecuzione al testamento anche riguardo agli altri, dividevano al doppio o al triplo l'asse ereditario, invece di 12 once in 24 (*dupondius*) in 36 (*tripondius*), e così innanzi, e ne davano a ciascuno la sua aliquota (i).

ANNOTAZIONI

Il principio che l' erede istituito in una somma o cosa determinata debba esser riguardato come erede *ex asse* può essere diversamente interpretato e condurre ad erronee conseguenze; onde giova esaminarlo nella sua essenza e nelle sue ultime derivazioni.

I. Nel caso che nel testamento vi sia un solo erede, e questi sia istituito *ex re certa*, secondo il principio stabilito, *detracta re certa*, l' erede si reputa istituito *ex asse*; ma errerebbe chi pensasse, che quest' erede lucri tutto il patrimonio senza eccezioni. E di vero quando dal contenuto del testamento è manifesto che fu intenzione del testatore di lasciare all' erede solamente quella determinata somma o cosa, e molto più quando è indicata la persona che dovrebbe ereditare il resto, in

(g) §. 5. 7. Inst. h. t. §. 7. Videamus, si pars aliqua vacet, nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, quid iuris sit, veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacite pro hereditaris parte accedere, et perinde haberi, ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent: et ex diverso, si plures in portionibus sint, tacite singulis decrescere, ut, si verbi gratia quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte scriptus fuisset. L. 13. §. 2. 7. h. t. confr. L. 23. C. de legat. (6. 37.).

(h) §. 6. Inst. h. t. Si plures instituantur, ita demum partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex aequis partibus heredes esse; satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex aequis partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fit; et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrent: si vero totus as completus sit, in dimidiam partem vocantur, et ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest primus, an medius, an novissimus sine parte scriptus sit; ea enim pars data intelligitur, quae vacat.—L. 17. pr. §. 1. h. t.

(i) §. 6. 8. Inst. h. t. Et si plures unciae quam duodecim distributae sunt, is, qui sine parte institutus sit, quod dupondio deest, habebit; idemque erit, si dupondius expletus sit: quae omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.—L. 17. §. 3. 5. L. 18. 20. §. 1. L. 87. h. t. Ex unciis sex primo herede instituto, secundo ex octo, si tertius ex residua parte, vel nulla portionis facta mentione heres instituatur, quinque uncias hereditatis tertius habebit, in vigintiquatuor etenim partes hereditate distributa, tertio ratio calculi, veluti ex decem partibus instituto, quinque uncias assignavit.

una tale *institutio ex re certa* si contiene un tacito fedecommesso universale. Questo avviene quando p. e. il testatore in un secondo testamento istituisca un erede *ex re certa*, e confermi espressamente il testamento anteriore; anche qui l'erede *ex re certa* si ritiene come *heres ex asse*, ma si applica insieme la disposizione della legge 29. ad SCum Trehellianum (36. 1.): *ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant* (k). A questo caso sarebbe simile l' altro: quando l' erede fosse già istituito *ex asse*, e, *percepta certa re*, abbia obbligo espresso di restituire la eredità ad una determinata persona (l): egli restituisce tutta la eredità come universale fedecommesso, e riceve dal fedecommissario universale la cosa designata come un fedecommesso particolare. Si bada nondimeno a non estendere l' eccezione per modo che in ogni caso di una *institutio ex re certa* si affermi un fedecommesso universale in favore degli eredi *ab intestato*; questo sarebbe l'estremo contrario a quelli che credono che il *solus heres* dovrebbe avere in ogni caso la eredità; l'eccezione sarà giustificata tutte le volte che nel testamento si trovi indicata la persona, alla quale deve trasmettersi l' eredità, fosse anche un erede *ab intestato*, o qualunque altro terzo; se manca ogni indicazione, l' erede solo istituito *ex re certa* deve lucrare tutta la eredità, non avendo la *res certa* in questo caso nessuna significazione.

2) Nel caso che molti coeredi siano istituiti tutti *ex re certa*, anche vale il principio che tutti, *detracta rei certae mentione*, siano da reputare *heredes ex asse sine partibus scripti*, e per conseguenza istituiti in eguali porzioni; purchè una congiunzione di nomina non tempera questa presunzione (m). La volontà del testatore di lasciare a ciascuno quella *res certa* si effettua col riguardare quell' obbietto del patrimonio come un prelegato di ciascuno, o più propriamente come un prefedecommesso (*fundos etenim vice praeceptionis accipiendos*) (n). Se poi tutte le *res certae* comprese insieme esauriscono l' asse ereditario, ciascuno riterrà quella cosa determinata come sua porzione ereditaria. Nondimeno nel primo caso quando dal contenuto dell' atto si rilevi chiaramente in favore di chi dovrebbe andare tutto ciò che avanza dalle cose determinate, debbesi, come sopra riconoscere un tacito fedecommesso (o).

(k) §. 3. Inst. quib. mod. test. infir. (2. 17.).

(l) L. 69. pr. de legat. (31.). *Pipinian. Peto, Luci Titi, contentus sis centum aureis*; fideicommissum valere placuit, idque rescriptum est. Quid ergo, si, quum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: *peto, pro parte tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis* — ? Petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus. Sine dubio facilius est hoc probare, quam probari potuit illud, quum ibi fideicommissum petatur ab his, cum quibus testator non est locutus. Idem dicemus, si, quum ex asse scripsisset heredem, eius gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: *peto, pro hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum iure legitimo rediret, contentus sis centum aureis.*

(m) §. 11. Inst. h. t.—L. 9. §. 13. L. 10. 35. pr. §. 2. L. 78. pr. h. t. *Papinian.* Qui non militabat, bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae habebat in Syria, Titium; iure semisses ambos habere constitit, sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem, factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus, sequi salva Falcidia, scilicet ut, quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur.

(n) L. 35. §. 1. 78. pr. h. t. L. 17. pr. de tut. eril. (29. 1.).

(o) Ved. L. 35. pr. h. t. L. 29. ad SC. Trebell. (36. 1.).

Questi principii valgono quando vi è una vera istituzione *ex re certa;* ma quando poi il testamento medesimo indica che la volontà del testatore è stata appunto quella di limitare l' erede o tutti gli eredi a quella cosa, cosicchè le cose certe rappresentano veramente delle porzioni, sarà allora una istituzione *ex partibus certis* a cui si applicheranno i principii della comune istituzione di erede.

3) Questi principii sono generalmente accettati pe' due casi su riferiti: ma è molto controverso al contrario, quando insieme ad eredi istituiti o *sine parte* ovvero *ex certa parte* sia istituito un altro *ex certa re.* In quattro opinioni differenti si divide la scienza.

1) La maggior parte dei giuristi antichi e moderni tengono che l'erede istituito *ex re certa*, concorrendo con gli altri coeredi, debba essere reputato come semplice legatario (p).

2) La seconda opinione per converso riguarda l' istituito *ex re certa* come un vero erede, del quale nondimeno, finchè dura la concorrenza con gli altri coeredi, la *res certa* forma la porzione ereditaria. Da ciò la conseguenza, che i mezzi di tutela per questo erede sono solamente la *hereditatis petitio* e l' *actio familiae erciscundae*; che ha il diritto di riduzione per legge Falcidia, ma che non gli si può ridurre la porzione con la quarta falcidia medesima (q).

3) La terza opinione contemperando le due prime, si colloca nel mezzo; lasciando stare Bartolo che ricerca in ciò una nuova teoria e crea l' *heres singularis* (ad leg. 35 de hered. inst. e ad leg. 12. C. eod.), il *Leyser* stabilisce, che l'*heres ex re certa* rispetto ai coeredi dev' essere considerato come un legatario, come un erede nelle relazioni con gli altri: onde secondo questa teoria egli contro i terzi può usare la *hereditatis petitio*, ridurre i legati per legge Falcidia, e, mancando i coeredi, ha il diritto di accrescere; rispetto ai coeredi essendo un legatario deve soffrire, che gli altri sulla sua cosa facciano la riduzione per legge Falcidia; e finalmente può senza entrare nella eredità trasmettere la cosa ai suoi eredi. A questa opinione si accostò il *Mühlenbruch* con alcune modificazioni. Imperciocchè egli opina che l' erede istituito *ex re certa* come un prelegatario sia da considerarsi erede e legatario nel medesimo tempo, e quantunque riceva quella cosa determinata come un prelegato, pure prende parte al giudizio *familiae erciscundae*, in egual modo come lo stesso prelegatario può far valere i suoi diritti sul prelegato con l'*actio famil. ercisc.*Laonde un tale erede per la trasmissione non ha bisogno di entrare nella eredità, ed in generale per lo acquisto del diritto non è richiesto se non tutto quello che si richiede da un legatario, sicchè egli non potrà aver diritto alla riduzione della legge Falcipia, e contro i terzi per rivendicare la cosa determinata non può adoprare la *hereditatis petitio*; come ancora il diritto di accrescere allora solamente gli verrà, quando tutto gli eredi vengano a mancare (r).

4) Finalmente la quarta opinione, la più soddisfacente, parte da questi principii:

(p) Ved. *Glossa*, ad Leg. 35. pr. de hered. inst. ad Leg. 29 ad SCum Trebell. ad L. 1. 13. C. de hered. inst.—*Donelli*, comm. iuris civ. VI. 18. §. 18.—*Ant. Faber.* Error. pragmat. dec. 14. err. 6 dec. 15. err. 5-8. — *Averanii*, interpret. iur. l. IV. c. 11. n. 4. *Thibaut* §. 820.—*Wening*. §. 126.—*Göschen* §. 435 ed altri.

(q) Ved. *Henneman* disamina sopra due questioni ecc. Schwerino 1790. N. 1.— *Franke*, diritto di success. necess. pag. 398.—*Mühlenbruch*, comm. XXXVI. pag. 353. not. 93.

(r) *Leyser*, de herede in re certa instituto, Vitemb. 1809.—*Mühlenbruch*, cit.

a) L' istituzione dell' erede in una cosa determinata è per sè stessa sempre viziosa; essa viene convalidata quando, *detracta rei certae mentione*, l'erede è considerato *ex asse*. Anche in questo come negli altri casi, si ha una consimile istituzione di erede e però dovrebbe essere convalidata col medesimo principio; l' analogia è manifesta. Nè altrimenti si sono pronunziati i medesimi giureconsulti romani; Ulpiano nella legge 35 per h. t. « dicebam receptum esse, rerum *heredem* institui « posse » e Scevola nella legge 15. de liberis et postumis « aliam causam esse *insti-* « *tutionis*, quae benigne acciperetur » (s). Se dunque dobbiamo riconoscere che come negli altri casi, così nel presente l' erede istituito in una cosa certa debba reputarsi come un *heres sine parte scriptus*, ne segue ch'egli è chiamato a succedere secondo i casi o ad una parte eguale agli altri istituiti *sine parte*, ovvero al resto se ve ne sia in natura, ovvero ad un resto artificiale secondo lo spediente *ex asse fit dupondium*. Se al contrario è intenzione del testatore che l' erede istituito *in re certa* non abbia altro che quella cosa, anche in questo caso come nei precedenti la volontà del testatore non si potrà effettuare che applicando la teoria del fedecommesso. In altre parole nella istituzione *ex re certa* devesi ricercare un tacito universale fedecommesso in favore di coloro che sono istituiti con parti determinate o senza parte, ed un singolare fedecommesso per l' erede istituito *in re certa*. Se la qualità dell' erede *ex re certa* dovesse essere strettamente, non potremmo in alcun modo giustificare quella viziosa istituzione e sarebbe inutile ricorrere a testimonianze legali. L' applicazione della teoria del fedecommesso è già determinata con parole sufficientemente chiare nelle leggi citate per gli altri casi: nè potrebbe non essere applicata nel caso controverso, poichè dal contenuto del testamento si rileva in favore di chi son determinate le altre parti ereditarie, anzi qui l' applicazione del fedecommesso calza meglio che ne' casi precedenti. E di fatti Papiniano insegna: « Quid ergo, si quum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: peto, pro parte « tua contentus sis, Luci Titi, centum aureis? *Petere poterant cohoredes partem* « *hereditatis, renitente sive praecipiente, quo contentum esse voluit defunctus*.

Da questi principii discende che quando presso altri istituiti senza parti o con parti determinate vi è un erede in *certa re*, quest'ultimo, *detracta re certa*, dev'essere considerato *heres ex asse*; ma in effetti non riceve che la cosa assegnatagli, e tutta la sua porzione, come se fosse un fedecommesso universale, dev' essere data ai suoi coeredi: ritiene la cosa suddetta come un singolare fedecommesso (t).

Per la pratica attuazione poi bisogna distinguere il periodo prima e dopo della leg. 13. di Giust. citata. Imperocchè nel diritto anteriore una istituzione in una *re certa* contenente un tacito fedecommesso, era sempre una *fidecommissaria hereditas*, e variavano gli effetti: prima della restituzione non si potevano negare all'erede fiduciario tutt'i mezzi dati all'erede; dopo le azioni ereditarie passavano attivamente e passivamente all' erede fedecommissario. Giustiniano decise che la restituzione s' avesse a supporre come avvenuta nel medesimo momento; cosicchè l'erede *ex re certa* sin dal principio è circoscritto alla sua *res certa*, per conseguenza viene escluso dalle azioni ereditarie, le quali si suppongono attivamente e passivamente trasferite ai coeredi, ossia ai fedecommessarii universali. Però quantunque l'erede istituito in una cosa determinata, vuoi dopo la restituzione per diritto anteriore, vuoi immedia-

(s) Ved. anc. Nov. 107. c. 1. 115. c. 3.

(t) *Neuner*, la heredis instit. ex re certa, Giess. 1853.—*Vangerow*, § 449.

tamente secondo Giustiniano, venga escluso dalle azioni ereditarie, pure la qualità di erede non sarà mai per lui priva di conseguenze.

Di fatti la determinazione del diritto di successione necessaria nell' istituzione di erede è adempiuta con la istituzione *ex re certa* (u); l' erede avrà il diritto di accrescere quando tutti i coeredi mancano alla eredità; come qualunque altro erede, al quale è stato imposto di restituire la porzione della sua eredità, *deducta* o *praecepta re certa*, egli ha indubitatamente il diritto della così detta quarta Trebellianica; quando la cosa lasciatagli non forma la quarta parte della sua porzione ereditaria (v); finalmente non potrebbe essere a lui negata l' *actio familiae erciscundae* giacchè questa azione non è data esclusivamente per la divisione della eredità, ma per concretare altri diritti tra gli eredi (w). Dall' altra parte, considerato l' istituito *ex re certa* come un singolare fedecommissario, per l' acquisto del fedecommesso singolare sono applicabili i principii del legato sul *dies cedens* e *dies veniens*; dippiù i coeredi istituiti *sine parte* o *ex certa parte* adoperano i diritti di eredi rispetto al legatario, anche la riduzione per legge Falcidia; in quest' ultimo rispetto però avendo l' istituito *in re certa* anche il carico di dare altrui la sua porzione, ha luogo la *compensatio legatarum*.

B. Delle sostituzioni.

§. 240.

1) Della sostituzione volgare.

T. I. de vulgari substitutione (2. 15.); — De pupillari substitutione (2. 16.); — D. de vulgari et pupillari substitutione (28. 6.); — C. de impuberis et aliis substitutionibus (6. 26.). — *Scip. Gentilis*, tract. de substitutionibus (ved. op. om. VII. p. 333); — *Ramos del Manzono*, praelectiones de vulg. et pup. subst. (ved. thesaurus Meerm. VII. p. 331); — *Popillonii*, de substitutionibus (thes. *Otton* IV, p. 670); — *Mühlenbruch*, XL. p. 248.

È una sostituzione volgare semplice quando il testatore fa molti gradi d' istituzione, ossia quando nomina molti eredi, ma uno appresso dell' altro, in guisa il secondo allora addiviene propriamente erede e la sua istituzione è valida, quando il primo non può o non vuole ereditare. Quello che viene chiamato dopo si appella *substitutus*, *heres secundus*, *tertius* ecc. (a).

1) Secondo la natura di questa istituzione, l'eredità è deferita al sostituto sol quando è certo, che sia per volontà, sia per altra contingenza

(u) L. 19. de lib. et post. (28. 2.). — Nov. 115. c. 5.

(v) L. 29. ad SCum Trebell. (36. 1.). §. 3. Inst. quib. mod. test. inf. (2. 17.).

(w) L. 35. pr. de bered. inst. (28. 5.).

(a) L. 36. h. t. pr. Inst. h. t. Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta *si ille heres non erit, ille heres esto*: et deinceps, in quantum velit, testator substituere potest, et novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere.

l' erede primo non può più diventare erede (b). La sostituzione volgare è dunque un' istituzione condizionale, *si alius institutus heres non erit*; per lo che quale erede sotto condizione può avere nel frattempo la *bonorum possessio*.

2) Il testatore può sostituire uno a molti eredi, molti nello stesso grado ad un solo erede; nel primo caso il sostituto sarà erede quando i primi tutti non erediteranno: nel secondo caso i molti sostituti entreranno nella eredità quando è certo che il primo istituito non addiverrà erede (c).

3) Similmente il testatore potrà sostituire allo stesso sostituto (*heres tertius*), ed in questo caso l'istituito in terzo grado succederà quando tutti coloro che sono collocati innanzi a lui non ereditano (d). Qui vale nondimeno la massima seguente: *substitutus substituto est etiam substitutus instituto*; la quale ha due significati:

a) In primo luogo comprende questo principio; che quando vi sono molti gradi di sostituzione, affinchè l' ultimo sostituto diventasse erede, non è richiesta la stretta osservanza dei gradi: così se ad A. è sostituito B., ed a questo C.; per giungere l' eredità a quest' ultimo non è necessario che prima mancasse alla eredità A. e poi B.; è sufficiente che manchino comunque entrambi, ancorchè B. mancasse prima di A.; non altrimenti che se il terzo fosse sostituito non al secondo, ma al primo istituito.

b) Si comprende ancora sotto quella massima un altro principio: cioè quando ad un erede è sostituito un altro coerede, ed a questo un estraneo, l'ultimo, quando succederà; riceverà non solo la porzione della sostituzione, ma ancora quella dell' istituzione del suo antecessore, onde il *tertio gradu substitutus* varrà come il *secundo gradu institutus*: p. e. se ad A: è sostituito uno dei coeredi B., ed a questo è sostituito l' estraneo C., se quest' ultimo sarà chiamato a succedere, riceverà non solo la porzione di A., ma ancora l' originaria porzione di B. (e).

(b) L. 9. de suis (38. 16.). — L. 3. C. de hered. iust. (6. 24.). *Alexand.* Quum proponas, Alexaudrum equitem testameulo primo loco Iulianum, ut libertum suum, heredem iustituisse, eique substituisse his verbis: *quodsi ex aliqua causa primus hereditatem meam adire noluerit vel non potuerit, tunc in locum eius secundum heredem substituo Vitalem*, posl mortem autem testatoris Iulianum servum communem fuisse defuucli militis et Zoili, fratris eius, apparuerit, au tu ex substitutioue admittaris, voluntatis est quaeslio. Nam si credens eum proprium et suum libertum heredem iustituit, nec per eum ad alium quemquam hereditatem pertinere voluit, exstitit conditio substilulionis, tibique hereditas delata cst.

(c) §. 1. Iust. h. t. Et plures in unius locum possuut substilui, vel unus implurium, vel singuli singulis, vel iuvicem ipsi, qui beredes lustituti sunt.

(d) L. 36. pr. h. t.

(e) Ved. L. 27. 41. h. t. *Papinian*. Coheredi substilutus, priusquam hereditatem adiret, aut conditio substitutiouis exisleret, vita decessit; ad substilulum eius, sive ante substitutionem, sive postea substitulus sit, utraque portio pertinebil, nec intererit, prior substitutus post institutum, an ante decedat. §. 3. Insl. h. 1.

4) Inoltre si potranno sostituire reciprocamente i coeredi tra loro (*substitutio reciproca, breviloqua*): il quale caso di sostituzione ha regole particolari per cui si assomiglia al diritto di accrescimento.

a) Chi in un simile caso è entrato come istituito nell'eredità, non potrà più rinunciare alla porzione della sostituzione, ma molto più l' acquista così necessariamente, che non ha bisogno di altra adizione (f).

b) All' incontro quando nella reciproca sostituzione un dei coeredi abbia rinunciato all'eredità, non potrà mai giovarsi della sostituzione (g): diversamente, quando un solo erede sia sostituito ad un altro determinato erede, in questo caso rinunziando la porzione dell'istituzione potrà acquistare nondimeno come sostituto (h).

c) I sostituti coeredi vengono chiamati alle porzioni ad essi devolute giusta la stessa proporzione in cui furono istituiti primamente: che se in mezzo ad essi si trovasse un sostituto estraneo, questi riceverà solamente la porzione virile, e l' avanzo sarà diviso fra i coeredi nel modo testè accennato (i).

d) Finalmente se tra i coeredi reciprocamente sostituiti vi fosse una *coniunctio*, a quello dei congiunti che manca verranno sostituiti solamente gli altri *coniuncti* (k).

5) Il testatore potrà anche sostituire lo stesso erede istituito a lui medesimo, specialmente se ciò gli arreca vantaggio, come quando si è istituito uno condizionatamente, e sostituito a lui stesso incondizionatamente (l).

(f) L. 35. pr. L. 76. pr. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). *Iavolen.* Si tu ex parte sexta sub conditione institutus fuisses heres, et omittente partem suam Titio, cui substitutus eras, ex substitutione adiisses, deinde conditio iuro sextantis extitisset, quaero, an adire necesse habueris, ne sextans tuus intereat? Respondit: nihil interest, utrum ex substitutione prius adierit, an ex prima institutione, quum ab utraque causa una aditio sufficiat; sextans itaque, qui sub conditione datus mihi est, ad me solum pertinet.—L. 6. C. h. t.

(g) L. 41. §. 4. h. t. *Papinian.* Qui discretas portiones coniunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit: *quos heredes meos invicem substituo*, coniunctos primo loco vice mutua substituere videtur, quibus institutionum partes non agnoscentibus, ceteros omnes coheredes admitti.

(h) L. 76. §. 1. de acqu. vel omitt. hered. (29. 2.). *Iavolen.* Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quia ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin, si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere velim, aut vindicare.

(i) L. 5. 8. §. 1. L. 9. 24. 41. h. t. *Labeo.* Si pater filio impuberi eosdem, quos sibi, et te unum praeterea heredem instituit, bonorum filii te dimidium, ceteros patris heredes communiter dimidium ita habere, ut unus semis apud te maneat, alterius semissis pro his partibus inter heredes paternos divisio fiat, quibus ex partibus hereditatem paternam haberent.—§. 1. Inst. h. t.

(k) L. 41. §. 4. h. t. — Ved. not. (g).

(l) L. 48. §. 1. h. t. *Scaevol. Titius heres esto; Stichum Maevio do, lego; Stichus heres*

Nel resto la sostituzione volgare essendo anche una istituzione, le sono applicabili i medesimi principii.

§. 241.

2) Della sostituzione pupillare.

I. Il padre di famiglia può in forza della sua patria potestà nominare un erede al figliuolo impubere nel caso che questi morisse nella impubertà, sostituzione pupillare (a).

1) Tutto ciò potrà fare il padre quando egli stesso ha disposto per ultima volontà dei suoi beni; è poi totalmente indifferente se la sostituzione fosse fatta nello stesso testamento, o in atto separato (b).

2) Affinchè nondimeno potesse esser valida la sostituzione, conviene indispensabilmente che vi fosse la patria potestà; per la qualcosa il padre di famiglia potrà sostituire ai suoi figliuoli legittimi impuberi, tanto nati quanto postumi, purchè dopo la sua morte non vadano soggetti ad altra patria potestà: non potrà sostituire pupillarmente ai figliuoli emancipati nè ai naturali (c).

3) La sostituzione pupillare comprende tutta la sostanza del figliuolo impubere, ossia quella che deriva tanto dal padre, quanto da altri (d); ma

esto; si Stichus heres non erit, Stichus liber heresque esto. in hac quaestione inprimis quaerendum est, utrum unus gradus sit, an duo, et an causa mutata sit substitutionis, an eadem permaneat. Et quidem in plerisque quaeritur, an ipse sibi substitui possit; et respondetur, causa institutionis mutata substitui posse. Igitur si Titius heres scriptus sit, et, si heres non sit, idem heres iussus sit, substitutio nullius momenti erit. Sed si sub conditione quis heres scriptus sit, pure autem substitutus est, causa immutatur, quoniam potest ex institutione defici conditio, et substitutio aliquid adferre; sed si extiterit conditio, duae purae sunt, et ideo nullius momenti erit substitutio. Contra si pure quis instituatur, deinde sub conditione sibi substituatur, nihil facit substitutio conditionalis; nec mutata intelligatur, quippe quum, etsi extiterit conditio, duae purae sint institutiones. Secundum haec proposita quaestio manifestatur: *Titius heres esto: Stichum Maevio do, lego; Stichus heres esto; si Stichus heres non erit, Stichus liber heresque esto*; nos didicimus, quoniam eodem testamento et legatus sit Stichus, et libertatem acceptit, praevalere libertatem, et si praevaleat libertas, non deberi legatum, et ideo iussu legatarii non posse adire hereditatem, ac per hoc verum esse, Stichum heredem non esse, et ex sequentibus verbis libertatem illic competere, quum unus gradus videatur.

(a) L. 2. 7. 14. 21. 33. §. 1. L. 41. §. 2. h. t. — §. 6. Inst. h. t. (2. 16.).

(b) L. 1. §. 3. L. 2. §. 1. 4. 7. L. 16. §. 1. L. 20. h. t. *Ulp.* Quisquis autem impuberi testamentum facit, sibi quoque debet facere; ceterum soli filio non poterit, nisi forte miles sit; adeo autem, nisi sibi quoque fecerit, non valet, ut, nisi adita quoque patris hereditas sit, pupillare testamentum evanescat. Plane si omissa causa principalis testamenti ab intestato possideatur hereditas dicendum est, et pupillo substitutum servandum. — §. 3. Inst. h. t. — L. 8. testam. quemadm. aper. (29. 3.).

(c) L. 33. h. t.

(d) L. 10. §. 5. h. t. *Ulp.* Ad substitutos pupillares pertinent. et siqua postea pupillis ob-

essa viene insieme riguardata come parte del testamento paterno, onde è assurdo che il padre sostituisse pupillarmente e morisse *ab intestato*.

4) Riguardo alla persona sostituita, il padre è libero di scegliere come vuole, senza obbligo di preferire gli eredi necessarii.

5) Se il padre sostituisce al figliuolo impubere nominato erede nel suo testamento un altro per sostituzione volgare, questa è reputata altresì una tacita sostituzione pupillare, qualora non si provi la volontà contraria del testatore *(duplex substitutio)* (e), la quale apparirebbe, per esempio, quando sostituì al postumo volgarmente, e abbia nel medesimo tempo nominato la madre erede: qui se il postumo nascesse e poi morisse nell'impubertà, succede la madre e non il sostituto (f).

6) In questa sostituzione fino ad un certo punto non sarà applicabile la massima *substitutus substituto est etiam substitutus instituto*, poichè quando vi sono molti gradi di sostituzioni pupillari l'oggetto della prima sostituzione non è il medesimo di quella delle altre. Se esempigrazia il testatore avesse detto: al mio figlio impubere A. sostituisco la mia figlia impubere B. alla quale sarà sostituito pupillarmente C., in questo caso C. non varrà come sostituto di A., come sarebbe se B. e C. fossero sostituti volgari (g).

venerant; neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, quum et exheredato substituere quis possit, nisi mihi proponas, militem esse, qui substituit heredem hac mente, ut ea sola velit ad substitutum pertinere, quae a se ad institutum pervenerunt.

(e) L. 4. h. t. L. 4. C. h. t. *Alexand.* Quamvis placuerit, substitutionem impuberi, qui in potestate testatoris fuerit, a parente factam ita: *si heres non erit*, porrigi ad eum casum, quo, posteaquam heres exstitit, impubes decessit, si modo non contrariam defuncti voluntatem exstitisse probetur; quum tamen proponas ita substitutionem factam esse: *si mihi Firmianus filius et Aelia uxor mea (quod abominor) heredes non erunt, in locum eorum Publius Firmianus heres esto*, manifestum est, in eum casum factam substitutionem, quo utrique heredum substitui potuit.

(f) L. 9. C. de inst. et subst. (6.23. . *Inst.* Quum quidam, praegnantem habens coniugem, scripsit heredem ipsam quidem suam uxorem ex parte, ventrem vero ex alia parte, et adiecit, si non postumus natus fuerit, alium sibi heredem esse, postumus autem natus impubes decessit, dubitabatur, quid iuris sit, tam Ulpiano quam Papiniano viris disertissimis voluntatis esse quaestionem scribentibus, quum opinabatur Papinianus ideo testatorem voluisse postumo nato et impubere defuncto matrem magis ad eius venire successionem, quam substitutum. Si enim et suae substantiae partem uxori dereliquit, multo magis ad luctuosam hereditatem ad matrem venire curavit. Nos itaque in hac specie Papiniani dubitationem reseeantes, substitutionem quidem in huiusmodi casu, ubi postumus natus adhuc impubes viva matre decesserit, respuendam esse censemus. Tunc autem tantummodo substitutionem admittimus, quum postumus minime editus fuerit, vel post eius partem mater prior decesserit.—Conf. L. 45. pr. h. t.—L. 2. C. h. t.

(g) L. 47. h. t. *Scaev.* Qui habebat filium et filiam impuberes, instituto filio herede filiam exheredavit, et, si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit, sed filiae, si, antequam nuberet, decessisset, uxorem suam, idem sororem suam substituit; quaero, quum filia impubes prior decesserit, deinde frater eius impubes, an filii hereditas ad uxorem et sororem testatoris iure substitutionis pertineat? Respondi, secundum ea, quae proponerentur, non pertinere.

II. Quanto alle conseguenze fa d'uopo osservare i seguenti principii:

1) Il sostituto pupillare acquista la sostanza dell'impubere come se fosse chiamato erede dall'impubere medesimo (h).

2) Nel caso che il sostituto pupillare fosse anche istituito erede nel testamento del padre, se adì alla eredità di quest'ultimo, non potrà rinunciare a quella del figlio; anzi se muore mentre era in vita il pupillo, trasmette la successione di costui *ipso iure* ai suoi eredi (i). Quando al contrario il sostituto ha rinunciato alla eredità del padre, non potrà acquistare neppure quella del figlio; e però si estingue interamente la sostituzione pupillare, quando il sostituto è il solo erede nel testamento del padre; in guisa che con quella rinuncia il testamento addiviene *destitutum* (k).

3) Nel caso che vi siano altri coeredi o sostituti, bisogna distinguere se il sostituto sia un *extraneus* ovvero un *suus heres*.

a) Il sostituto pupillare estraneo, che abbia rinunciato all'eredità del padre dell'impubere, non può nemmeno acquistare da costui, se l'impubere ereditò realmente dal padre suo (l): può al contrario acquistare la successione del pupillo, se costui fu diseredato, o fece uso del *beneficium abstinendi* (m).

b) Il sostituto pupillare *heres suus* del padre, può sempre astenersi dall'eredità del padre, ed acquistare l'eredità del pupillo, sia questi diseredato, si astenga o succeda (n).

(h) L. 7. C. h. t.

(i) L. 59. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). *Nerat.* Qui patri heres extitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem eius praetermittere. Quod sic recipiendum est, etiam si vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit; nam is, qui heres extiterit pupillo quoque heres necessario erit; nam si ipsum invitum obligat coniugi eam paternae hereditati, et accrescendi iure acquiri cuicunque patris heredi, existimandum est. — L. 20. de iure delib. (6. 30.). — Ved. *Mühlenbruch*, o. c. 432. — *Mayer*, diritto di succ. 1. §. 38.

(k) L. 10. §. 2. 3. h. t. *Ulp.* Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est, extitit patri filius heres; an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? Non potest, sed aut utriusque debet hereditatem habere, aut neutrius; iuncta enim hereditas coepit esse. Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte, et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero; nam neque filii hereditatem habere possum. — L. 27. §. 2. ad SC. Treb. (36. 1.).

(l) L. 10. §. 3. h. t. ved. not. prec.

(m) L. 10. §. 3. (*argum. a contrario*) ved. not. (k). — L. 27. §. 2. fin. ad SC. Trebel. (36. 1.).

(n) L. 40. 41. de acquir. vel omitt. hered. *Ulp.* Quaesitum est, an, licet quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat, vel faciat, an creditoribus paternis cogatur respondere, utputa si impuberi fuerit substitutus. In qua specie Iulianus libro vigesimo sexto Digestorum scripsit, incidere eum in Edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati; nam qui iudicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quidquam consequi. Sed Marcellus eleganter distinguit, multum interesse, utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento, an ex parte, ut, si ex parte, potuerit sine metu remota patris successione impuberis hereditatem amplecti. *Iulian.* Filius, qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit, et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere. — L. 12. h. t.

III. Si estingue la sostituzione pupillare, quando manca il fondamento o lo scopo pel quale fu scritta. Onde si estingue:

1) quando il fanciullo muore prima del padre, ovvero esce dalla potestà di lui (o);

2) quando dopo la morte del testatore va soggetto ad un'altra patria potestà; il che però se succede per mezzo dell'arrogazione, il sostituto potrà avere il patrimonio che l'impubere aveva prima dell'arrogazione (p);

3) quando il fanciullo addiviene pubere (q), ovvero quando il testatore abbia segnato un termine più breve della pubertà;

4) se il sostituto non domandò un tutore pel pupillo (r);

5) finalmente quando il testamento del padre è inefficace (s), eccetto che addivenisse invalido solamente in parte e che si fosse da tutt'altro, che dal sostituto, chiesta la *bon. poss.* (t). Non si estingue quando un terzo ripudii dolosamente l'eredità in pregiudizio del sostituto, nè quando l'erede ottenne la restituzione in intiero contro l'adizione della eredità (u).

§. 242.

3) Della sostituzione quasi pupillare.

Per speciale concessione dell'Imperatore è permesso di nominare un erede al proprio figliuolo pubere, nel caso che questi per ostacoli naturali non potesse testare: e la concessione vale solamente quando il figlio morisse senza aver riacquistato la capacità e non lasciasse un *suus he-*

(o) L. 41. §. 2 h. t. *Papin.* Quum filiae vel nepoti, qui locum filii tenuit, aut post testamentum coepit tenere, parens substituit, si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.

(p) L. 17. §. 1. L. 20. de adopt. (1.7.). *Ulp.* Eorum duntaxat pupillorum arrogatio permittenda est his, qui vel naturali cognatione, vel sanctissima affectione ducti adoptarent, ceterorum prohibenda, ne esset in potestate tutorum et finire tutelam, et substitutionem a parente factam extinguere.

(q) L. 40. h. t.

(r) L. 10. C. de leg. hered. *Theod.* et *Valent.* Sciant qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si defuncto eius patre tutorem ei secundum leges non petierint intra annum, omnem eis, sive ab intestato, sive iure substitutionis, successionem eius, si impubes moritur, denegandam.

(s) L. 2. §. 1. L. 10. §. 4. L. 16. §. 1. h. t.

(t) L. 8. §. 5. de inoff. test. (5.2.). *Ulp.* Sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit, et ita Papinianus respondit; nec patris frater, quia filii testamentum est; ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris obtentum est, nec hoc valebit, nisi si pro parte patris rescissum est; tunc enim pupillare valet. — *L.* 22. 34. §. 2. L. 35. h. t.

(u) L. 2. §. 1. 3. h. t. Ego, etiamsi minor vigintiquinque annis adeundae hereditatis causa fuerit restitutus, puto proficere secundis tabulis, ut Praetor utiles actiones decernat substituto.

res (a). Fu in appresso regola di diritto, e propriamente per costituzione di Giustiniano, che l'ascendente in generale può sostituire un erede al suo discendente mentecatto, qualora questi morisse demente; sostituzione che per analogia della pupillare è detta quasi pupillare.

La differenza tra questa sostituzione e la pupillare consiste massimamente in ciò, che nella seconda il diritto di sostituire appartiene solo al padre ed all'avo paterno in forza della patria potestà; nella prima spetta a tutti gli ascendenti, abbiano o no patria potestà; onde la madre e l'avo materno possono sostituire quasi pupillarmente. Nella seconda inoltre si può sostituire chiunque piacesse al padre; dovechè la facoltà dell'ascendente nella prima è molto più ristretta, in quanto che egli è obbligato di sostituire un prossimo parente, i figli o in caso i fratelli o le sorelle; e solo in mancanza di suoi prossimi parenti potrà la facoltà dell'ascendente estendersi agli estranei (b).

È condizione indispensabile della sostituzione quasi pupillare lo stato perenne di demenza, di guisa che appena terminata la demenza o nel caso che la morte seguisse in un lucido intervallo, si estingue la sostituzione.

I diritti del sostituto sono ancora molto più ristretti che non nella sostituzione pupillare; poichè, morendo il discendente nella demenza, egli non succederà che al solo patrimonio dell'ascendente e non generalmente a tutto il patrimonio del mentecatto.

ANNOTAZIONE

Quest' ultimo punto è molto controverso. Imperocchè alcuni dal principio che la sostituzione quasi pupillare non sia fatta che in analogia della pupillare, cavano la conseguenza che, come in questa, così in quella il sostituto abbia diritto all'intero patrimonio del demente (c).

(a) L. 43. p. h. t.

(b) L. 9. C. h. t. *Iust.* Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, ut, si filium vel nepotem vel pronepotem cuiuscunque sexus habeant, nec alia proles descendentium eis sit, iste tamen filius vel filia, nepos vel neptis, pronepos vel proneptis mente captus vel mente capta perpetuo sit, vel si duo vel plures isti fuerint, nullus vero eorum saperet, liceat iisdem parentibus, legitima portione ei vel eis relicta, quos voluerint, his substituere, ut occasione huiusmodi substitutionis, ad exemplum pupillaris, nulla querela contra testamentum eorum oriatur, ita tamen, ut, si postea resipuerit vel resipuerint, talis substitutio cesset, vel si filii aut alii descendentes ex huiusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti, qui vel quae testatur, alios, quam ex eo descendentes, unum vel certos vel omnes, substituere. Sin vero etiam alii liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis, quae mente captae sunt, nullus descendat, ad fratres eorum, unum vel certos vel omnes, eandem fieri substitutionem oportet.—§. 1. Inst. tut. (2. 16.)

(c) *Thibaut*, sist. §. 858 (9. ediz.). — *Schweppe*, §. 813.—*Muhlenbruch*, comp. §. 676. — *Wening*, §. 464.— *Hunger*, diritto di succ. pag. 298. not. 1.— *Franke*, diritto di success. necess. pag. 463. — *Rosshirt*, suc. test. I. 399. — *Haimberger*, §. 343. not. 10. ed altri.

Altri al contrario tengono fermo che il sostituto quasi pupillare non potrà avere diritto che solo al patrimonio lasciato dall' ascendente al mentecatto (d).

La prima opinione è la più comune, ma non può essere validamente sostenuta.

I giuristi che la seguirono argomentano in principal modo dal §. 1. Inst. de pup. subst., nella quale pare che si stabilisca una stretta analogia tra la pupillare e questa sostituzione; scorgendòvi la medesima *ratio*, essi ne tirano naturalmente le medesime conseguenze. In quel luogo è detto che l' ascendente potrà sostituire al discendente mentecatto *ad exemplum pupillaris substitutionis*, che una tale sostituzione anche ad *exemplum pupillaris* cessa appena il mentecatto rinsavisce. Siffatta analogia è fondamento all' opinione contraria.

D' altra parte si noti che la costituzione di Giustiniano inserita nel Codice (e), di cui il paragrafo delle *Instituta* è una relazione, abbatte totalmente quest' opinione: da quella legge non si dimostra quella analogia di principii su cui fondano i contrarii; e solo in un luogo è detto che, come la sostituzione pupillare, la quasi pupillare non dà diritto a *querela inofficiosi testamenti*. Ora il paragrafo delle Istituzioni, che solo ha potuto far nascere quell' opinione, non essendo che la relazione data da Giustiniano della sua costituzione (L. 9. h. t.), va spiegato secondo lo spirito del Codice, e non già il Codice come il passo delle Istituzioni.

Per altro nemmeno l'analogia stabilita dalle Istituzioni tra la pupillare e la quasi pupillare sostituzione è di tal natura da far prevalere la contraria opinione sulla nostra.

La *paritas rationis* determinata da Giustiniano, massime nelle Istituzioni, può essere ammessa nel più ampio significato senza che le conseguenze debbano essere identiche. Infatti la *paritas rationis* esiste intrinsecamente nelle due sostituzioni, anche senz' attendere alla storia delle loro origini. Poste in diritto due sostituzioni, la volgare, e la pupillare di natura sostanzialmente differenti, poichè nella prima la sostituzione ha valore quando l'istituito non diviene erede, nell'altra è valida quando l' istituito divenuto erede, e poi morto nella impubertà, manifestamente analogo a questa seconda è l' istituto della quasi pupillare, in quanto che il sostituto succede dopo che il mentecatto sia morto nella demenza. La mancanza della capacità di testare dell' impubere è inoltre la ragione perchè la legge concede al padre di famiglia la facoltà di nominare un erede all' impubere; parimente l'incapacità di testare del mentecatto abilita gli ascendenti a nominare l' erede pel loro discendente demente. Ma se intorno ai subbietti e al fondamento intrinseco la sostituzione quasi pupillare si parifica alla pupillare, perchè non potrebbero essere differenti le conseguenze, riguardato questo novello istituto in rapporto all' obbietto?

Che Giustiniano dica l' ascendente poter sostituire al suo discendente mentecatto *ad exemplum substitutionis pupillaris* non contraria la nostra opinione: imperocchè quella frase non ha che questo significato, cioè che nella quasi pupillare sostituzione, egualmente come nella pupillare, si può nominare un erede per altri, benchè quanto al contenuto questa istituzione di erede possa essere differente dall' altra. Si aggiunga che una terza forma di analogia, era veduta da Giustiniano

(d) *Unterholzner*, Arch. di Prat. civil. II. 5.— *de Lohr*, eod. V. 3. IX. 7. — *Puchta*, ann. di Erlangen V. pag. 284; *lo stesso*, diritto di consuetudine II. pag. 68.; *lo stesso*, Pand. §. 479.— *Vangerow*, §. 456.

(e) L. 9. C. h. t. ved. not. (b).

quanto all' estinzione; giacchè come la pupillare si estingue con la pubertà dell'istituito, così la quasi pupillare cessa col mancare della demenza: ma in questo come negli altri punti di analogia il contenuto del diritto resta sempre estraneo.

Del resto le conseguenze della sostituzione quasi pupillare ci si presentano sostanzialmente differenti dalla pupillare. Di fatti per qual ragione il testatore dovrebbe sostituire i suoi eredi legittimi e solamente in mancanza di essi qualunque altro?

Tuttociò si può solo sufficientemente spiegare quando si ammette che il sostituto succede unicamente nel patrimonio dall' ascendente lasciato al mentecatto. In caso contrario bisognerebbe supporre che l' ascendente potesse illimitatamente disporre del patrimonio lasciato al mentecatto da altri. Che alcuno avesse il diritto di nominare l' erede di un patrimonio estraneo è un assurdo: nè potrebbe menomamente valere l' analogia della sostituzione pupillare; poichè in questa ciò si spiega sul fondamento della patria potestà; dovechè nella nuova sostituzione di Giustiniano questa non essendovi, resta quella tesi incomprensibile.

È da notare inoltre la pratica inattuabilità dell' opposta opinione. Essendo il diritto di sostituire concesso ad ogni ascendente di qualunque grado e sesso, ed essendo probabile una pluralità di sostituti al patrimonio di un solo mentecatto, nascerebbe fra essi, se ciascuno dovesse succedere nelle intere sostanze, una inevitabile contrapposizione senza possibilità di risolverla. Su questo inconveniente pratico si divide la teoria contraria, in tante e così svariate soluzioni, che mostrano l' inesattezza dei principii (f): quando che secondo la nostra maniera di vedere in questo supposto non vi sarebbe opposizione, dovendo ciascun sostituito succedere nel patrimonio lasciato al mentecatto da ciascun ascendente.

§. 243.

IV. Della nullità dei testamenti.

T. Inst. Quibus modis testamenta infirmantur (2. 17.). — D. de iniusto, rupto, irrito facto testamento (28. 3.).

Può un testamento essere invalido fin dal principio, ed allora si dirà *nullum, iniustum testamentum:* o può in seguito diventar tale per determinate contingenze, ed allora si avrà il *testamentum irritum, destitutum, ruptum* ed *inofficiosum,* del quale sarà trattato nei seguenti paragrafi.

L' invalidità del testamento ha per effetto irremediabile l' invalidità della istituzione dell' erede, e necessariamente di qualunque altro contenuto; pure in certi casi di eccezione, specialmente quando l'invalidità riguarda direttamente l' istituzione dell'erede, le altre disposizioni possono essere conservate.

Finalmente il testamento può essere o *ipso iure* nullo, ovvero solamente rescindibile.

(f) Ved. *Donelli*, comm. iur. civ. VI. 27. — *Wening*, §. 465. — *Mühlenbruch*, XLI. p. 28. comp. §. 676. — *Thibaut*, §. 840. ed altri. — *Haimberger*, Archivio d. prat. civ. XII. 13.

ANNOTAZIONE

Si afferma comunemente che i testamenti nulli ed invalidi possono essere convalidati pel volontario riconoscimento degli eredi *ab intestato*: ma questo principio concepito così universalmente non può essere ammesso. È invece da porre distinzione tra quei testamenti che sono rescindibili e quelli che sono nulli *ipso iure*; i primi possono essere convalidati certamente, quando vengono riconosciuti dagli eredi *ab intestato*, o quando questi non fanno uso del diritto di rescissione; gli altri per contrario non sono suscettivi di nessuna convalidazione: *quod ab initio vitiosum est tractu temporis convalescere nequit*. Onde se in un caso di nullità l'erede *ab intestato* avesse riconosciuto per mezzo di contratto il testamento, ciò giuridicamente non può essere compreso che coi principii della *hereditatis venditio*, supponendo che l'erede *ab intestato* abbia venduta l'eredità a lui devoluta. Che se il riconoscimento fosse avvenuto per altra maniera, anzichè per contratto, non valendo la similitudine della vendita, l'erede istituito non avrà diritto alcuno, e tale riconoscimento si terrà come una *repudiatio* da parte dell'erede *ab intestato*. Certo da questi casi si distingue l'altro, quando una questione di eredità tra l'erede istituito e l'erede *ab intestato* venga decisa per transazione: sul quale caso vi sono due testi di *Scevola* i quali sembrano in contraddizione, ed hanno dato motivo a molte difformi interpretazioni (a). In fatti la legge 3. pr. de transact. (2. 15.). così si esprime « Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: privatis pactionibus non dubium « est non laedi ius ceterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem « defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumis- « sis vel legatariis actiones suae ademtae. Quare quidquid ex testamento petunt, « scriptum heredem convenire debent qui in transactione hereditatis aut cavit sibi « pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alie- « nam iniuriam referre ». Al contrario nella legge 14 eod. è detto: « controversiam « inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque transactione facta certa lege « finita est; quaero creditores, quem convenire possunt? Respondit: si iidem credi- « tores essent, qui transactionem fecissent, id observandum esse de aere alieno, « quod inter eos convenisset; si alii creditores essent, propter incertum successio- « nis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus con- « veniendus est ».

Secondo il primo testo adunque i legatarii debbono rivolgersi all'erede testamentario; per l'altro i creditori possono rivolgersi egualmente contro l'erede testamentario e l'erede *ab intestato*. La distinzione tra legatarii ed eredi non decide, poichè quell'esempio di legato è messo nel significato di peso della eredità; deve farsi piuttosto differenza tra testamento nullo e testamento rescindibile. Il primo passo parla di testamento rescindibile, onde i legatarii o anche i creditori debbono convenire l'erede istituito, poichè per mezzo della transazione il testamento non si è più rescisso. L'altro passo suppone una transazione avvenuta per un testamento nullo, e risolve che i creditori debbono con utili azioni rivolgersi contro entrambi, successore testamentario e *ab intestato*; il che sembra conseguente, poichè qui, prescindendo dalla transazione, la questione sulla giuridica esistenza del testamento è

(a) Ved. *Mühlenbruch*, XXXVIII. pag. 124.

sempre indecisa, onde nell' incertezza naturale di lasciare per gli altri interessati la medesima norma, che gl'interessati principali hanno riconoscinto per essi stessi con la transazione (b).

§. 244.

1) Testamentum irritum factum.

Un testamento annullato per la *capitis deminutio* del testatore è detto *irritum* (a). In due casi non segue nullità per diminuzione di capo: quando colui ch'era stato fatto prigioniero del nemico dopo aver fatto il suo testamento ritorna, il testamento non ha cessato mai di esser valido, poichè si suppone non esser stato egli mai in schiavitù *(ius postliminii)*; ovvero muore in prigionia, supponendosi per legge Cornelia ch'egli fosse morto nel momento che fu fatto schiavo, onde il testamento non diveniva irrito *(fictio legis Corneliae)* (b).

Da questi due casi in fuori il testamento irrito rimane nullo, anche quando il testatore avesse di poi riacquistato il suo stato, e fosse ridivenuto capace.

A colui che dopo aver testato soffre la *capitis deminutio minima*, ma di poi riacquista la capacità, il diritto pretorio concede la *bonorum possessio secundum tabulas* (c). Secondo i principii stabiliti (pag. 15.) questa *bon. poss.* è *sine re*, ossia ciascun erede *ab intestato* può renderla inutile per mezzo di valide azioni od eccezioni (d); solamente in tre casi essa è *cum re :*

a) quando non vi sono eredi civili *ab intestato*, ovvero quando quelli che vi sono, ripudiano la eredità, o mancano prima di ereditare;

b) quando lo stesso *bonorum possessor* è il più prossimo erede *ab intestato;*

(b) Vedi *Mühlenbruch*, l. c. pag. 145.—Basilic. XI. 2. fr. 14. schol. 1. 5. poss.—*Heimbach*, pag. 686.

(a) §. 4. Inst. h. t. (2. 17.). — L. 6. §. 5. 13. h. t. (28. 3.). *Ulp.* Irritum fit testamentum, quoties ipsi testatori aliquid contigit, puta si civitatem amittat per subitam servitutem, ab hostibus verbi gratia captus, vel si maior annis viginti venum se dari passus sit ad (actum gerendum) pretiumve participandum. — Confr. L. 4. §. 5. C. de haeret. (1. 5.).

(b) §. 5. Inst. quib. mod. est perm. fac. test. (2. 12.). — L. 6. §. 12. h. t. *Ulp.* Quatenus tamen diximus, ab hostibus capti testamentum irritum fieri, adiiciendum est, postliminio reversi vires suas recipere iure postliminii, aut si ibi decedant, lege Cornelia confirmari. Ergo et si quis damnatus capite in integrum indulgentia Principis sit restitutus, testamentum eius convalescet. — L. 12. qui test. fac. poss. (38. 1.). — L. 16. 18. de capt. et post. (49. 15.).

(c) §. 6. Inst. h. t.—L. 1. §. 8. fin. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.).—*Gai.* Inst. II. §. 147.—*Ulp.* XXIII. 6.

(d) L. 12. pr. h. t.—L. 11. §. 2. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.). — *Ulp.* XXVIII. 13.

c) finalmente quando il testatore, dopo riacquistata la propria idoneità, ha espressamente dichiarata di confermare la disposizione testamentaria.

§. 245.

2) Testamentum destitutum et ruptum.

I. Quando l'erede testamentario ripudia l'eredità, ovvero per un qualunque caso non può adirla, il testamento si annulla per mancanza di eredi, *testamentum destitutum* o *desertum;* in questa come nella precedente nullità col testamento cadono tutte le disposizioni annesse quali i legati e i fedecommessi (a).

II. Il testamento è *ruptum* in due modi, o per mezzo dell'*agnatio postumi,* o mediante la volontà stessa del testatore.

1) Per postumo qui s'intende chiunque sia per nascita, sia per legittimazione, adozione, arrogazione acquista la qualità di *suus* dopo la formazione del testamento (b). Se questi postumi non sono debitamente diseredati, rompono il testamento dal momento che acquistano il diritto di *sui heredes;* e per conseguenza anche per questa specie di nullità si annulla tanto l'istituzione di erede quanto qualunque altra disposizione (c).

2) Il testatore potrà egli stesso annullare la sua disposizione testamentaria per la nota massima: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad supremum vitae exitum:* rivocare così ciascuna disposizione, singolare, come tutto intiero il testamento in ogni istante della sua vita (d).

3) In generale il testatore può rivocare l'atto della sua ultima volontà

(a) §. 2. Inst. sd leg. Falcid. (2. 22.).—§. 7. Inst. de hered. quae ab int. (3. 1.).—L. 181. de R. J. (50. 17.).

(b) §. 1. Inst. h. t.—L. 3. pr. §. 1. L. 6. b. t.

(c) §. 1. Inst. de lib. exher. (2. 13.).—L.1. C.de post. (6.29.). *Antonin.* Si post testamentum factum, quo postumorum suorum nullam mentionem testator fecit, filiam suscepit, intestato vita functus est, quum agnatione postumae, cuius non meminit, testamentum ruptum sit. Ex rupto autem testamento nihil deberi neque peti posse, explorati iuris est.

(d) L.32. §. 3.de don. int. vir. et uxor. (24. 1.).*Ulp.* Poenitentiam accipere debemus supremam. Proinde si uxori donavit, deinde cum poenituit, mox desiit poenitere, dicendum est, donationem valere, ut supremum eius spectemus iudicium; quemadmodum circa fideicommissa solemus, vel in legatis, quum de doli exceptione opposita tractamus, ut sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum. L. 12. §. 1. b. t. *Ulp.* Si paganus, qui habebat iam factum testamentum, aliud fecisset, et in eo comprehendisset, fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent, omnimodo prius testamentum ruptum est; quo rupto potest quaeri, an vice codicillorum id valere deberet. Et quum haec verba sint fideicommissi, et sine dubio universa, quae illic scripta sunt, in causa fideicommissi erunt non solum legata et fideicommissa, sed et libertatis et heredis institutio. — L. 4. de adm. vel trasf. leg. (34. 4.). — L. 6. C. qui test. fac. poss. (6. 22.). — L. 19. C. de test. (6. 23.).

con la formazione di un novello testamento (e): col quale viene annullato il primo così necessariamente, che anche l'espressa dichiarazione del testatore che rimanga valido il suo primo testamento, non ne impedisce la rottura, ma produce solo che le disposizioni contenutevi valgono come disposizioni fedecommessarie (f). Su questo proposito fa d'uopo osservare:

a) Che il nuovo testamento debbe essere perfetto, e capace di trasmettere altrui la successione (g): onde il primo testamento resterà fermo, quando nel secondo è stato trasandato un *suus heres* (h); quando a colui ch'è istituito nel secondo testamento manca la *testamenti factio passiva*; quando l'istituzione dell'erede è fatta sotto condizioni in *praesens* o in *praeteritum relatae;* quando in generale il secondo testamento non è perfetto sia rispetto a forma sia a contenuto.

b) Annullato il primo testamento con la formazione di un altro posteriore, qualunque sorte avesse questo secondo atto non potrà mai influire sul primo; cosicchè se il secondo è invalidato, sia per vizio proprio come per esterne contingenze, come se addiviene irrito per la nascita di un postumo, l'antico testamento non per questo rivive (i). Si eccettui il caso che il testatore distrugga l'ultimo testamento con intenzione di convalidare il precedente; allora l'erede istituito in questo può avere una valida *bonorum possessio secundum tabulas* (k).

Quando il testatore ha fatto un secondo testamento nel falso supposto che l'istituito nel primo più non esistesse o non fosse più idoneo, l'istitu-

(e) §. 7. Inst. h. t. —L. 35. 100. 153. de R. I. (50. 17.).

(f) §. 3. Inst. h. t. — L. 12. §. 1. h. t. ved. not. (d) — L. 29. ad SC. Trebell. (36. 1.).

(g) §. 2. Inst. h. t. — L. 1. h. t.

(h) L. 7. de lib. et post. (28. 2.). — *Paul.* Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur; et eo iure utimur.

(i) §. 2. Inst. h. t. Posteriore quoque testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres, an non extiterit; hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit, in his casibus paterfamilias intestatus moritur; nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore, et posterius aeque nullas habet vires, quum ex eo nemo heres extiterit. —L. 16. h. t. L.—36. §. 4. de test. mil. (29. 1.).

(k) L. 11. §. 2. de bon. poss. secundum tab. (37. 11.). *Papin.* Testamento facto Titius arrogandum se praebuit, ac postea sui iuris effectus vita decessit; scriptus heres, si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se in arrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui iuris effectus codicillis, aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, iudicio recenti rediisse intelligetur, non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis, quae in hoc iudicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius, qui opponit, aestimatur.

zione nel primo testamento rimane, ed il secondo vale solamente per la prestazione dei legati (l).

4) Il testamento può essere rivocato con dichiarazione fatta nel protocollo giudiziario, ovvero innanzi a tre validi testimoni quando sieno decorsi 10 anni dalla formazione di esso (m). Il testamento scritto può essere rivocato con lacerare l'atto, cancellare il nome dell'erede, la firma, o i segni dei testimoni ecc. (n).

V. Dei testamenti privilegiati.

§. 246.

1) Del testamento militare.

T. Inst. de militari testamento (2. 11.). — D. de testamento militis (29. 1.); — De bonorum possessione ex testamento militis (37.3.); — C. de testamento militis (6.21.). — *Hoenel*, de testam. mil. diss. L. 1815. 1816.

Il testamento militare è il più privilegiato dei testamenti, in quanto che per essere valido non abbisogna di alcuna solennità, bastando la certezza della volontà in qualunque modo si provasse.

Il soldato che può far un simil testamento è quello che è registrato negli eserciti attivi, è non quello ch'è di guarnigione o nei quartieri d'inverno (a).

1) Perciò che riguarda la persona del testatore, il soldato dev'essere in generale capace di testare: tal è ancorchè per delitto commesso sia condannato a pena capitale, purchè non abbia violato il giuramento, ed abbia impetrato il permesso (b); tal è ancorchè dubiti di essere capace, e non ha bisogno di accertarsene.

(l) L. 92. de hered. (28. 5.).

(m) L. 27. C. de testam. (6. 23.).

(n) L. 1. §. 10. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.). — L. 1. §. 8. si tab. test. nullae ext. (38. 6.). — L. 30. C. de test. (6. 23.).

(a) Pr. §. 3. Inst. h. t. — L. 1. 42. h. t. *Ulp.* Militibus liberam testamenti factionem primus quidem Divus Iulius Caesar concessit, sed ea concessio temporalis erat; postea vero primus Divus Titus dedit; post hoc Domitianus; postea Divus Nerva plenissimam indulgentiam in milites contulit, eamque ea Traianus secutus est, et exinde mandatis inseri coepit caput tale. Caput ex mandatis. *Quum in notitiam meam pralatum sit, subinde testamenta a commilitonibus relicta praferri, quae possint in controversiam deduci, si ad diligentiam legum revocentur et observantiam, secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones simplicitati eorum consulendum existimavi, ut, quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta, quo modo volent, faciant, quo modo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas testatoris.*

(b) L. 11. pr. h. t. — L. 13. C. h. t. *Valerian. Gallien. Claudiae.* Et militibus nostris, cen-

2) Rispetto alla forma è affatto libero: scritto, è valido senza testimoni; al nuncupativo ne sono sufficienti due, e ciò per ricordare le volontà del testatore; più un testamento fatto contro le regole di diritto prima che il testatore sia militare e però nullo, si convalida quando sia riconfermato sul campo; finalmente la clausola codicillare per convalidare un testamento è sempre sottintesa in quello del soldato (c).

3) Rispetto al contenuto le facoltà del soldato sono così ampie da distruggere anche il concetto della successione testamentaria. Di fatti il militare può istituire gl'incapaci, eccetto l'eretico e la donna vissuta con lui in una relazione immorale (d); può diseredare i suoi eredi necessarii; nominare eredi nel codicillo; morire *pro parte testatus e pro parte intestatus:* istituire eredi a *dies certus*, e sotto condizioni risolutive; onde il diritto di accrescimento tra i coeredi non può aver luogo se non è chiaramente disposto nell'atto testamentario (e). Similmente il soldato può sostituire volgarmente agli eredi estranei, anche quando questi siano addivenuti eredi; può inoltre sostituire pupillarmente anche senza fare testamento per sè, e non solo ai figliuoli in potestà, ma ancora agli emancipati, ed oltre il termine della pubertà (f).

4) Le regole sulle nullità non valgono pel testamento militare (g).

Nondimeno esso è sottoposto al diritto comune per quanto riguarda

turionibus quoque ob flagitium militare damnatis, non aliarum quam castrensium rerum testamenta facere permittitur, et intestatis iure proprio succeditur a fisco.

(c) §. 1. 4. Inst. h. t.—L. 3. 9. §. 1. L.15. §. 2. L. 23. 24. 40. h. t. *Ulp.* Ut est rescriptum a Divo Pio in eo, qui, quum esset paganus, fecit testamentum, mox militare coepit; nam hoc quoque iure militari incipiet valere, si hoc maluit miles. — L. 3. C. h. t.

(d) L. 13. §. 2. L. 41. §. 1. *Tryph.* Mulier, in quam turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest, ut Divus Hadrianus rescripsit. L. 13. h. t. *Ulp.* Et deportati, et fere omnes, qui testamenti factionem non habent, a milite heredes institui possunt. Sed si servum poenae heredem scribat, institutio non valebit. Sed si mortis tempore in civitate inveniatur, institutio incipit convalescere, quasi nunc data hereditate. Et generaliter in omnibus id poterit dici, quos miles scribit heredes, ut institutio incipiat vires habere, si mortis tempore talis inveniatur, ut a milite institui poterit. — L. 5. C. h. t. — L. 22. de haeret. (1. 5.).

(e) §. 6. Inst. h. t. — L. 6. 8. 9. pr. L. 15. §. 4. L. 19. §. 2. L. 33. 36. §. 2. L. 37. L. 41. h. t. — L. 1. 2. 9. C. h. t.

(f) L. 5. 15. §. 5. L. 28. 37. 41. §. 2-5. h. t. *Tryph.* Nec tutorem et, qui in aliena est potestate, miles dare potest. Si miles exheredaverit filium, vel sciens, eum filium suum esse, silentio praeterierit, an legatum a substituto eius dare possit, quaesitum est. Dixi, non posse, licet ampla legata reliquerit. Exheredato miles et emancipato filio substituere potest. Verum hoc ius in his exercebitur, quae ab ipso ad eum, cui substituit, pervenerint, non etiam in his, si quae habuerit, vel postea acquisierit; nam et si filio suo, vivo adhuc avo, substituit, post acquisitam ei avi hereditatem, nemo diceret, ad substitutum pertinere. — L. 1. C. h. t

(g) §. 5. Inst. h. t.—L. 7. 19. pr. §. 1. L. 22. 23. h. t. *Ulp.* Qui iure militari testatur, etsi ignoraverit praegnantem uxorem, vel non fuit praegnans, hoc tamen animo fuit, ut vellet, quisquis sibi nascetur, exheredem esse, testamentum non rumpitur.

le condizioni impossibili, l'istituzione capziosa di un erede, il senatoconsulto Liboniano, e la nomina di un tutore, essendo anche al militare inibito di nominare un tutore agl'impuberi che non ha sotto la patria potestà (h).

Il testamento militare non dura più del tempo che il soldato sta sotto le armi; solamente ritiene l'efficacia ancora per un anno quando quegli è dagli eserciti licenziato con onore (i).

Oltre ai soldati partecipano al privilegio:

a) totalmente quegli che seguendo il campo, muoiono in paese nemico *(testamentum quasi militare)* (k);

b) ristrettamente alla facoltà di diseredare i figli: quelli che dispongono di un peculio castrense o quasi castrense (l).

§. 247.

2) Testamentum rusticorum.

Privilegiato è ancora il testamento fatto in campagna tra i contadini (rustici), ma non largamente come quello de'militari. Deve per regola avere sette testimoni, se non che qualora riesce impossibile di riunirli tutti, bastano cinque.

Se qualcuno dei testimoni non sappia scrivere, gli altri sottoscriveranno il testamento per sè e per chi non può: e se nessuno sa scrivere, la loro testimonianza è nondimeno valida.

È necessario sempre che conoscessero appieno la volontà del testatore, e dopo la sua morte di lui la confermassero con giuramento (a).

§. 248.

3) Testamentum parentum inter liberos.

Schroter, de privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus, Iena 1819.— *Euler*, de test. et divis. parentum inter lib. Bon. 1832.

Per altri rispetti è privilegiato il testamento di colui le cui disposizioni riguardano i figliuoli o i nipoti figli dei figli. Per la validità è suffi-

(h) L. 15. §. 2. L. 41. §. 2. h. t. ved. not. (f). — L. 11. C. h. t.
(i) §. 3. Inst. h. t. — L. 21. 26. pr. L. 38. §. 1.
(k) L. 44. h. t. — L. un. pr. §. 1. de bon. poss. ex test. mil. (27. 13.).
(l) Pr. §. 6. Inst. h. t. — L. 37. pr. §. 1. C. de inoff. test. (3. 28.).
(a) L. 31. C. de testamentis (6. 23.). — *Marezoll*, Arch. di prat. civ. IX. 15.

cientc una disposizione scritta dal testatore, che contenesse i nomi dei discendenti e le rispettive porzioni con lettere e senza cifre. È necessario che la data sia premessa alla disposizione (a).

Di testimoni non è bisogno, nè che la scrittura sia tutta di mano del testatore.

Il testamento non è efficace se non rispetto ai figli, l'istituzione di un estraneo è come non messa; i legati tuttavia sono validi anche per le persone estranee, purchè sia il testamento scritto tutto dalla mano del testatore, ed abbia almeno cinque testimoni. Un testamcnto anteriore formale non vien rotto da un simile testamento, il quale a sua volta non può essere rivocato se non innanzi a sette testimoni. Finalmente il testamento *parentum inter liberos* dev' essere assolutamente scritto, il nuncupativo va soggetto alle regole comuni (b).

Per la scmplice divisione tra il padre e i figli si richiede un documento sottoscritto o dal padre ovvero dai figli (c).

§. 249.

4) Del testamento dei ciechi e sordimuti.

Il testamento de' ciechi è privilegiato, ma nel senso che le formalità vi sono aumentate. E di vero i testimoni devono essere assolutamcnte sette, ai quali deve aggiungersi un notaio; ed in caso che questi non vi fosse e non sia possibile averlo, bisogna che siano otto i testimoni. Non è sufficiente la nomina degli eredi, ma è necessario che essi siano minutamente descritti rispetto così alla loro persona, come alle loro condizioni e dignità. Dopo questo è mestieri ancora che il testatore lo sottoscriva alla presenza de'testimoni, ovvero, se fosse scritto prima da un altro, bisogna che sia letto innanzi a tutti. Dopo queste formalità tutti sottoscrivono il testamento ed appongono i loro sigilli (a).

I sordimuti per infermità sopraggiunta devono scrivere il loro testamento di propria mano (b) (§. 230.).

(a) L. 21. §. 1. C. de test. (6. 23.). — Nov. 107. c. 1.
(b) Nov. 107.
(c) Nov. 18. c. 7.—Nov.107. c. 3.—confr.L. 20.§. 3. L.32. 33.39. §. 1.famil. erc. (10. 2.).—L. 10. 16. 21. C. eod. (3. 36.).

(a) L. 8. C. qui test. fac. (6. 22.).
(b) L. 10. C. eod. (6. 22.).

§. 250.

VI. Dell'esecuzione de' testamenti.

T. D. testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur (293); — C. h. t. (6. 32.);—D. de SC. Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur (29. 5.); — C. ad SC. Silanianum (6. 35.).—D. de tabulis exhibendis 43. 5.—C. h. t. (8. 7.). — *Paul.* receptae sententiae IV. 6. — *Mühlenbruch*, comm. XLIII. p. 370. ss.

Pe'testamenti scritti che hanno sette testimoni la legge determina una apertura e lettura solenne *(recitatio)*.

A quest'oggetto il testamento dev'essere esibito al Pretore entro tre o cinque giorni dalla morte del testatore (a). Sono allora i testimoni chiamati a riconoscere i loro sigilli, e del testamento così aperto innanzi ad essi si fa copia e si depone nell'archivio del pretorio. È a tutti permesso di leggere il testamento, tranne che il testatore lo ha inibito espressamente, e tranne la data, affinchè non sia falsificata (b).

Se qualcuno di quelli che hanno suggellato il testamento manca alla solenne apertura, gli si deve mandare il testamento, affinchè riconosca il suo segno; in caso che fossero tutti morti, o per qualunque altra ragione mancassero, il testamento deve aprirsi innanzi a sette persone d'illibata opinione, quindi fattone un istrumento, si manda agli assenti, se ancora esistessero (c).

Colui che non esibisce il testamento può esservi costretto dagl'interessati con l'interdetto *de tabulis exhibendis*.

Per l'esecuzione dei testamenti alle volte son nominate persone addette: esecutori testamentarii. Possono essere nominati nel testamento; esecutori *testamentarii* propriamente detti: possono essere nominati dalle parti interessate; esecutori *convenzionali:* dati dal magistrato si chiamano *dativi;* dati dalla legge *legali* (d). La qualità giuridica dell'esecutore testamentario è quella del mandatario, onde è soggetto alle regole medesime. Il suo ufficio è quello di partire la eredità secondo gli stabilimenti del testatore.

(a) *Paul.* rec. sent. IV. 6. §. ult.
(b) L. 1. 2. h. t. (29. 3.). — L. 3. C. (6. 32.). — L. 2. 7. h. t. (29. 3.).
(c) L. 2. §. 1. de tab. exhib. (43. 5.).
(d) L. 28. 46. 49. C. de episc. (1. 3.). — Nov. 131. cap. 11. 12.

APPENDICE XIII.

Forme de' testamenti.

I. La più antica successione è senza dubbio la legale o *ab intestato;* il principio, che la persona del defunto gli sopravviva, pone la necessità di stabilire chi deve in futuro rappresentarla. La legge si conformò allo stato più naturale dell'uomo cioè alle relazioni della famiglia, secondochè questo nome si comprese nelle varie epoche della storia del diritto romano. Perchè poi fosse data allo stesso individuo la facoltà di designare il proprio erede, convenne dare alla volontà di lui autorità di legge. Questa ragione spiega le forme antichissime del testamento romano cioè:

1) Il *testamentum calatis comitiis conditum:* il quale consisteva nella dichiarazione dell'ultima volontà fatta innanzi alle assemblee popolari, adunate a tal fine: i patrizii la dichiaravano innanzi ai comizii curiati, ed i plebei avanti ai centuriati convocati due volte l'anno. Questo testamento in fondo non era che una successione per legge;

2) *testamentum in procinctu,* il quale negli antichi tempi era fatto ancora nei comizii militari, convocati appositamente più tardi prima della battaglia (a).

A queste due forme di testamento successe quella per *aes et libram,* quando la *mancipatio,* forma solenne per l'acquisto della proprietà, si applicò ancora alla successione. Secondo questa forma il testatore vendeva tutto il suo patrimonio *(familia)* ad un amico *(amicus fiduciae)* con l'obbligo di dividerlo tra le persone ch'egli additava. Questo testamento non conteneva propriamente l'istituzione dell'erede, ma ne teneva il posto il *familiae emtor: (loco heredis).*

Nei primi tempi la *mancipatio* si applicò rigidamente per dar validità ai testamenti; ma poscia il testamento per *aes et libram* si compiè accogliendo l'istituzione dell'erede, e cessando di simulare la vendita della *familia.* Nei primi tempi dell'impero, e propriamente fiorendo i giureconsulti romani al testamento per *aes et libram* si procedeva a questa guisa: alla dichiarazione della volontà presenti il *familiae emtor,* il *libripens* e cinque testimoni, ossia sette persone oltre il testatore, nè era contrario al diritto che l'erede stesso facesse da testimone. Secondo le regole della *mancipatio* i testimoni erano cittadini romani, latini, o latini *Juniani,* sebbene a costoro mancasse la *testamenti factio;* e tutti erano convocati appositamente. Questo testamento conteneva due parti.

1) La *mancipatio familiae* di carattere analogo all'antica, ma con formola speciale che indicava l'ufficio del *familiae emtor,* il quale diceva: *Familiam pecuniamque tuam endo mandatela, tutela custodotelaque mea, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicum hoc aere, aeneaque libra est mihi emta* (b).

2) La seconda parte consisteva nella *nuncupatio et testatio;* il testatore prendeva le *tabulae,* e le leggeva innanzi ai testimoni, dichiarando esser quello il suo testamento con le parole: *haec ita ut in tuis tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibitote.* Il testa-

(a) Gai. Inst. II. 101.

(b) *Gai.* Inst. II. 104-108. — *Ulp.* fragm. XX. 3-6. L. 20. §. 2. qui testamenta fac. poss. (28. 1.).

mento veniva chiuso e sopra si apponevano i sigilli *(adnotatio o superscriptio)* (c).

Tutte queste formalità cominciarono a cadere in disuso per opera de'Pretori, i quali per concedere le *bon. poss. secundum tabulas* non richiedevano che un testamento segnato da sette testimoni (d).

Negli ultimi tempi dell'impero le forme della *mancipatio* e della *nuncupatio* non furono più esattamente osservate, finchè cessarono in tutto. Una costituzione di Costantino riconosce non essere più quelle forme essenziali al testamento; onde la *nuncupatio* ne prende tutto il posto, e ad essa si riduce il testamento sotto Teodosio; intervengono i soli testimoni senza il *familiae emtor* nè il *libripens*. Così in questa epoca testamento *per nuncupationem* significò quello che più tardi si disse *nuncupativum* ossia verbale. Ma pel testamento scritto si vollero sette testimoni aggiungendo anche la *subscriptio* interna senza tuttavia che i testimoni conoscessero il contenuto del testamento. Quest'ultima forma prevalse e fu adottata da Giustiniano.

SEZIONE III.

Della successione necessaria.

De Poll, de exheredatione, et praeteritione Amstel. 1700. — *Heise, de successoribus necessariis*, Gött. 1802. — *Bluntschli*, svolgimento della successione contro il testamento secondo il diritto romano 1829. — *Franke*, il diritto degli eredi necessarii, Gött. 1831.

§. 251.

Della successione necessaria in generale.

L'arbitrio del testatore di nominare a suo erede chiunque gli talenta, è temperato, in quantochè alcune persone hanno necessariamente diritto alla sua successione in questa forma.

1) E si ha diritto d'essere nominato erede, ovvero d'essere debitamente *(rite)* diseredato, non potendo essere dimenticato nel testamento.

2) O si ha diritto benanche a ricevere qualche cosa per mezzo del testamento; il quale diritto ad una porzione legittima è chiamato successione necessaria materiale in opposizione della prima detta successione necessaria formale.

Mancandosi a siffatte regole, segue una successione contro il testamento, ossia il testamento può essere impugnato in doppia guisa secondo la forma della successione necessaria violata.

La successione necessaria adunque debbe distinguersi nella formale e nella porzione legittima; hanno entrambe di comune, che gli eredi necessarii diventano eredi anche contro la volontà del testatore.

(c) L. 20. §. 4. L. 30. qui test. fac. poss. (28. 1.).
(d) L. 1. §. 10. 11. de bon. poss. secundum tabulas (27. 11.). — *Gai.* Inst. II. 119. 147.

I. Successione necessaria prima della Novella 115.

A. Obbligo della formale istituzione o diseredazione.

§. 252.

1) Dell'istituzione dell'erede necessario.

T. Inst. de exheredatione liberorum (2. 13.); — D. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis (27. 2.). — C. de liberis praeteritis vel exheredatis (6. 28.); — Eod. de postumis heredibus instituendis vel exheredandis (6. 29).

Le regole su questa materia possono distinguersi rispetto ai subbietti che hanno diritto d'essere istituiti o debitamente diseredati, rispetto alla stessa istituzione, e finalmente rispetto alle cose.

I. Debbono essere istituiti o debitamente diseredati i *sui* del testatore, ossia coloro che trovansi sotto la sua patria potestà, e che divengono *sui iuris* dopo la sua morte (a). Tra i *sui* van compresi non pure quelli che esistono al tempo della formazione del testamento, ma anche i *postumi sui*, nel largo significato giuridico di questa parola; per lo che appartengono a quest'ordine:

1) Coloro che sono nati dopo il testamento, e che sono per mezzo della nascita entrati nel rapporto di *suità*.

2) Coloro che sono stati adottati, arrogati, e legittimati dopo la formazione del testamento (b).

3) Quelli che ricevono il diritto di *suità* perchè esce di mezzo qualche *suo*, nel cui posto succedono.

4) Finalmente sono da noverare tra i postumi del padre coloro che, morto l'avo, vengono a sottoporsi alla patria potestà di lui (c).

II. Rispetto alla istituzione, affinchè l'erede necessario non si tenesse come dimenticato nel testamento, bisogna osservare le seguenti regole secondo il diritto civile:

1) L'istituzione dell'erede deve esser fatta incondizionatamente: la condizione sospensiva imposta all'erede annulla il testamento: anzi l'apporre una condizione impossibile, ove in generale nell'istituzione di un erede estraneo vale come cosa non fatta (§. 234.), nell'istituzione di un

(a) L. 11. h. t.

(b) §. 1. Inst. quib. mod. test. infirm. (2. 17.).—L. 8. de test. mil. (29. 1.).—*Gai.* Inst. II. 138.—*Ulp.* fragm. XXIII. 3.

(c) L. 28. §. 1. L. 29. §. 1. h. t.

erede necessario annulla il testamento, ossia è riguardato come una *preterizione* (d). Questi principii sono nondimeno temperati così:

a) La condizione che dipende unicamente dalla volontà dell' erede *suus* istituito, è considerata valida (e), e produce questi effetti: se vi sono coeredi o sostituti, *deficiente conditione*, l'eredità è loro devoluta: se poi il *suus* fosse solo istituito, sta in suo arbitrio accettare l'eredità per testamento o chiederla *ab intestato*, purchè in ambedue i casi esegua i legati (f). Morendo l'erede istituito senza aver dichiarato come avrebbe voluto succedere, bisogna distinguere: se la condizione è di tal natura che non poteva più essere adempiuta nel punto della morte, e se è certo che durante la vita di lui è stata deficiente, avrà *ipso iure* ereditato *ab intestato*, onde la successione è devoluta agli eredi del *suus heres;* ovechè se la condizione si sarebbe potuto adempiere ancora nell'ultimo punto della vita del *suus*, l' eredità non sarà devoluta agli eredi di lui, ma agli altri eredi del testatore (g).

b) L'erede *suus* può essere anche istituito sotto condizioni casuali, quando, queste mancando, il testamento lo diseredi: è pure necessario che la sorte della condizione si dimostri al tempo della vita del *suus heres*, poichè durante la sua vita questi dev' essere istituito o diseredato; altrimenti è considerato come preterito (h).

c) La regola suddetta non valeva per le figlie e pe' nipoti (i); ma Giustiniano loro anche l'estese: sicchè nell'ultima legislazione è un principio generale (k).

III. La preterizione, cioè la non formale istituzione o diseredazione di un *suus heres*, produce rottura dell'atto, la nullità del testamento, eccetto che fosse un testamento militare (l).

Differenti sono le conseguenze secondo il diritto pretorio, poichè, trasandati gli eredi necessarii di quel diritto, cioè gli emancipati, ed in generale tutti *i liberi*, non segue la nullità dell' atto. E di vero *i liberi* istituiti sotto una condizione casuale, senza essere, mancando la condizione, diseredati, non sono immediatamente chiamati alla *bonorum possessio contra tabulas*, ma possono come tutti gli altri eredi, *pendente conditione*, avere il possesso de' beni *secundum tabulas*. Se la condizione si avvera,

(d) L. 15. de cond. instit. (28. 7.).
(e) L. 4. 6. 69. 86. cod. L. 20. §. 4. de hon. lib. (28. 5.).
(f) L. 4. pr. §. 2. h. t. L. 1. §. 8. si quis omissa causa (29. 4.).
(g) L. 5. h. t. — L. 28. de cond. inst. (28. 7.).
(h) L. 28. h. t.
(i) L. 4. pr. L. 6. §. 1. h. t. — L. 1. §. 8. de suis et leg. heredih. (38. 16.).
(k) L. 4. C. de lib. praet. (6. 28.).
(l) §. 6. Inst. h. t. L. 7. — 9. 30. 33. §. 2. L. 36. §. 2. de test. mil. (29. 1.).

saranno eredi testamentarii, se al contrario è deficiente, la *bon.pos. sec. tab.* avrà effetto di *bonor. poss. contra tabulas* (m). Anche l'erede per diritto civile, ossia il *suus* nello stretto significato della parola, poteva usare del diritto pretorio; il *suus* tuttavolta aveva la scelta o di succedere *ab intestato*, ovvero domandare il possesso dei beni *secundum tabulas* che poi, come è detto, si mutava *contra tabulas;* quando che l'emancipato ed *i liberi* in generale potevano usare solamente de'mezzi del diritto pretorio (n).

ANNOTAZIONE

(l) La teorica de'postumi, come la si legge nella ultima riforma giustinianea è una delle più semplici, ma per giungere a quello stato ebbe a traversare una serie di modificazioni, le quali, sebbene appartengano alla storia, pure giova ricordare, per rendere di più facile intendimento molti frammenti, e segnatamente la leg. 29. *de suis et leg. hered.* (o).

La regola costantemente mantenuta nel diritto romano dalle origini fino a *Giustiniano*, è, che i postumi devono essere istituiti o debitamente diseredati. Questo principio però per una specialità dell'antico diritto non produceva effetto alcuno, poichè nè la istituzione, nè la diseredazione di un postumo impediva la rottura del testamento, e la ragione era, perchè, essendo i postumi, nati dopo la redazione del testamento,*personae incertae* al tempo della fazione, non potevano essere nè istituiti, nè diseredati. Quanto agli altri postumi, non avendo la qualità di *sui* alla data del testamento non potevano in questa qualità essere istituiti, molto meno diseredati.

Una tale contraddizione, cioè l'obbligo ad istituire o diseredare tutti i postumi, e malgrado ciò non si evitava punto la rottura del testamento , fu tolta gradatamente mercè le seguenti modificazioni:

1) Si rileva da un frammento di Ulpiano (p), essersi accettata dalla giureprudenza romana, probabilmente nel VI secolo di Roma, una modificazione, e consisteva nel dare facoltà al testatore d'istituire o diseredare un proprio figliuolo in caso nascesse dopo la sua morte. Tale modificazione facendo evitare la rottura del testamento, fu un aiuto potente, in quanto ad essa non si poteva in questo caso provvedere con un altro testamento. Questa eccezione, essendo più tardi accettata pel nipote, quando il figlio era già morto alla data del testamento, fu estesa anche di più, e fu il primo passo per le ulteriori modificazioni. Questi postumi furono appellati *legittimi*.

(m) L. 3. §. 11-14 de bon. poss. contra tab. (37. 4.). — L. 2. §. 1. L. 3. pr. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.).

(n) L. 2. §. 1. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.).

(o) Questa legge conosciuta dalle scuole col nome *Lex Gallus* famosa per le molteplici e svariate interpetrazioni è riportata da noi per intera nella not.(g), e nell'interpetrarla abbiamo creduto allontanarci in molti punti dalla lettura del Cod. fiorentino.

(p) *Ulp.* Fragm. XXII. 19. Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sint, possumus instituere heredes: si quidem post mortem nostram nascantur, ex iure civili, si vero viventibus nobis ex lege Iunia.

2) Da Gallo Aquilio fu introdotta una formola, mercè cui si evitava la rottura del testamento con istituire o diseredare un nipote anche quando il figlio, vivendo al tempo della fazione del testamento, muore durante la vita del testatore, dato però che questo nipote nasca dopo la morte di entrambi (q). Tali postumi si dissero *aquiliani*.

(q) L. 29. de liberis et post. (28. 2.). *Scaev.* Gallus sic posse institui postumos nepotes induxit: *si filius meus vivo me morietur, tunc, si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto*. §. 1. Quidam recte admittendum credunt, etiamsi non exprimat de morte filii, sed simpliciter instituat, ut eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit. §. 2. Idem credendum est, Gallum existimasse et de pronepote, ut dicat testator: *si me vivo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos, et cetera*. §. 3. Sed et si vivo filio, iam mortuo nepote, cuius uxor praegnans esset, testamentum faceret, potest dicere: *si me vivo filius decedat, tunc qui pronepos*. §. 4. Num si et filius, et nepos vivant, concipere poterit utrisque mortuis, vivo se, tunc qui pronepos nasceretur? Quod similiter admittendum est; ita sane, si prius nepos, deinde filius decederet, ne successione testamentum rumperetur. §. 5. Et quid, si tantum in mortis filii casum conciperet? Quid enim, si aquae et ignis interdictionem pateretur? Quid, si nepos, ex quo pronepos institueretur, ut ostendimus, emancipatus esset? Hi enim casus, et omnes, ex quibus suus heres post mortem scilicet avi nasceretur, non pertinent ad legem Velleiam. Sed ex sententia legis Velleiae et haec omnia admittenda sunt, ut ad similitudinem mortis ceteri casus admittendi sint. §. 6. Quid, si, qui filium apud hostes habebat, testaretur? Quare non induxere, ut, si antea quam filius ab hostibus rediret, quamvis post mortem patris decederet, tunc deinde nepos, vel etiam adhuc illis vivis, post mortem scilicet avi, nasceretur, non rumperet — nam hic casus ad legem Velleiam non pertinet? — Melius ergo est, ut in eiusmodi utilitate, praesertim post legem Velleiam, quae et multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, ut instituens nepotem, qui sibi post mortem suam nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscunque casibus nepos post mortem natus suus esset, rumperetque praeteritus; atque etiam si generaliter, quidquid sibi liberorum natum erit post mortem, aut quicunque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur. §. 7. Si eius, qui filium habeat, et nepotem ex eo instituat, nurus praegnans ab hostibus capta sit, ibique vivo filio pariat, mox ille post mortem patris atque avi redeat, utrum hic casus ad legem Velleiam respiciat, an ad ius antiquum aptandus sit, possitque vel ex iure antiquo, vel ex Velleia institutus non rumpere? Quod et quaerendum est, si iam mortuo filio nepotem instituat, redeatque mortuo. Sed quum testamentum ab eo non rumpitur, nihil refer, utrum ex iure antiquo, an ex lege Velleia excludatur. §. 8. Forsitan addubitet quis, an istis casibus, si nepos post testamentum nascatur vivo patre suo, deinde ex eo concipiatur, isque mortuo patre deinde avo nascatur, an non potuerit heres institui, quia pater ipsius non recte institutus esset. Quod minime est expavescendum; hic enim suus heres nascitur, et post mortem nascitur. §. 9. Ergo et sic pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, postea vivo filio, atque si ex eo natus esset, adoptat. §. 10. In omnibus his speciebus illud servandum est, ut filius duntaxat, qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus, nam frustra exheredabitur post mortem suam; quod non esse necessarium in eo filio, qui apud hostes est, si ibi decedat, et in nepote certe et pronepote, quorum si liberi heredes instituantur, institutionem nunquam exigemus, quia possunt praeteriri. §. 11. Nunc de lege Velleia videamus; voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamentum. §. 12. Et videtur primum caput eos spectare, qui, quum nascerentur, sui heredes futuri essent. Et rogo, si filium habeas, et nepotem nondum natum tantum ex eo heredem institutus filius decedat, mox vivo te nepos nascatur? Ex verbis dicendum est, non rumpi testamentum, ut non solum illud primo capite notaverit, si nepos, eo tempore instituatur, quo filius non sit, verum et si vivo patre; quid enim necesse est, tempus testamenti faciendi respici, quum satis sit observari id tempus, quo nascitur, — nam et si

La giureprudenza romana non si attenne strettamente alla forma aquiliana, che applicò con qualche modificazione alla istituzione o diseredazione di un pronipote, sia quando il figlio fosse morto alla data del testamento ed il nipote vivesse, sia viceversa fosse morto il nipote e vivesse il figlio, ovvero che entrambi vivessero, ma che si prevedeva la loro morte durante la vita del testatore (L. cit. §§. 1-4.).

Va da sè che per mettere in atto la formola aquiliana fa mestieri istituire debitamente il figlio, imperocchè la diseredazione del nipote dopo la morte del figlio diseredato sarebbe di nessun momento, e non avendo in questo caso il nipote nulla ereditato, non vi sarebbe neppure obbligo ad istituirlo (L. cit. §. 10.).

3) Un decisivo progresso in questa teorica fu segnata dalla legge *Iunia Velleia* probabilmente verso l'anno 763 di Roma. Fu evitata la rottura del testamento anche nascendo il postumo durante la vita del testatore; essa aveva due capitoli:

a) Il primo riguardava i discendenti che nascevano dopo la redazione del testamento, ma durante la vita del testatore, ed acquistavano già con la nascita la qualità di *sui* (L. cit. §§. 12. 13.).

Secondo che si esprime la legge, essa fu estesa anche ai nipoti, e quello ch'è più, senza distinguere se il figlio vivesse o no alla data del testamento, purchè però fosse morto al tempo della nascita. Questi postumi furono conosciuti col nome di *Velleiani primi*.

b) Il secondo capitolo della legge Giunia riguardava invece quei discendenti, i quali erano già nati alla data del testamento, ma, vivendo ancora una o più persone messe tra essi e il testatore, non avevano a quel tempo la qualità di *sui heredes* (L. cit. §. 13-15.).

Certo, la istituzione di tali eredi era permessa anche prima, poichè essendo essi

ita verba sunt: QUI TESTAMENTUM FACIET, IN OMNIS VIRILIS SEXUS, QUI EI SUUS HERES FUTURUS ERIT, et cetera, etiamsi vivente parente vivo nascantur? — §. 13. Sequenti parte succedentes in locum liberorum non vult lex rumpere testamentum; et ita interpretandum est, ut si et filium, et nepotem, et pronepotem habeas, mortuis utique pronepos institutus succedens in sui heredis locum non rumpat. Et bene verba se habent: SI QUIS EX SUIS HEREDIBUS SUUS HERES ESSE DESIERIT, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilii sententia diximus; nec solum si nepos vivo patre decedat, ne succedens pronepos avo mortuo rumpat, sed et si supervixit patri, ac decedat, dummodo heres institutus sit, aut exheredatus §. 14. Videndum, num hac posteriore parte: SI QUIS EX SUIS HEREDIBUS SUUS HERES ESSE DESIERIT, LIBERI EIUS, et cetera IN LOCUM SUORUM SUI HEREDES SUCCEDENDO, possit interpretatione induci, ut, si filium apud hostes habens nepotem ex eo heredem instituas, non tantum si vivo te filius decedat, sed etiam post mortem, antequam ab hostibus reversus fuerit, succedendo non rumpat; nihil enim addidit, quo significaret tempus, nisi quod, licet audenter, possis dicere, vivo patre hunc suum heredem esse desiisse, licet post mortem decedat, quia nec redit, nec potest redire. §. 15. Hic casus in difficili est, si filium habeas, et nepotem nondum natum instituas, isque nascatur vivo patre suo, ac mox pater decedat; non enim suus heres est tempore, quo nascatur, nec posteriori alii succedendo prohiberi videtur rumpere, quam qui iam natus erit. Denique et superiore capito, ut liceat institui nondum natos, qui, quum nascentur, sui erunt, permittit; posteriore capito non permittit institui, sed vetat rumpi, neve ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet, ut utiliter sit institutus, quod nullo iure potuit, qui nondum natus erat. Iuliano tamen videtur, duobus quasi capitibus legis commixtis in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta. §. 16. Quaeremus tamen, quum recepta est Iuliani sententia, an, si nascatur nepos vivo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hereditatem; quod magis probandum est, nam emancipatione suus heres fieri non potuit.

nati prima della redazione del testamento, erano *personae certae*, nè è d'attribuire alla legge Velleia la facilità data d'istituire tali eredi; però apporta la importante modificazione, che tale persona istituita o debitamente diseredata se acquistava dopo la qualità di *suus*, morendo la persona intermedia, mentre per diritto antico non era evitata la rottura del testamento, ed era mestieri provvedere con un novello, secondo la legge Velleia il testamento rimaneva fermo. Una simile determinazione valeva non solo pel nipote, ma anche per il pronipote, e quanto a quest'ultimo era indifferente se fosse morto prima il nipote poi il figlio o viceversa; in quest'ultimo caso il nipote, ossia il padre del pronipote debbe essere istituito o diseredato affinchè il testamento non fosse rotto da lui. Tali postumi furono detti *Velleiani secundi*.

Per mezzo della formola Aquiliana, e la legge Giunia Velleia non si esaurirono tutti i casi, ma una dottrina posteriore conseguente ai principii estese ad altri quelle determinazioni, e specialmente:

Con l'autorità di Salvio Giuliano è d'aversi lo stesso principio per quei casi, i quali trovansi tra il primo e il secondo capitolo della legge Velleia, p. e. il postumo che nasce dopo la compilazione del testamento, e addiviene *suus*, dopo che la persona intermedia muore, anzi che per mezzo della nascita. Tali postumi sono perciò appellati *Salviani* o *Iuliani*.

Similmente il testamento non sarà rotto da alcuni postumi che non sono compresi nella legge Velleia: p. e. se uno istituisce un nipote mentre vive il figlio, la nuora incinta partorisce in prigionia dell'inimico, il nato ritorna dopo la morte del padre e dell'avo; questo postumo è nato vivente il testatore, e da questo lato può essere tenuto come *postumus Velleianus*, ma ritornando, acquista i diritti di postumo dopo la morte del testatore, e da questo lato può essere riguardato come *postumus Aquilianus*. In questa guisa fu più estesa dalla giureprudenza la legge Giunia Velleia e la formola Aquiliana (L. cit. §. 7.).

Queste modificazioni riguardarono solamente due categorie di postumi, cioè quelli che acquistavano i diritti di suità con la nascita, e quelli che addivenivano *sui* per la morte della persona intermedia; non riguardavano punto i postumi che acquistavano i diritti di suità del padre per la morte dell'avo, e quelli che l'acquistavano per adozione. La scienza intanto per via di analogie regolò con le medesime modificazioni le altre due categorie di postumi.

Se si addiveniva *postumus* del padre, perchè morto l'avo paterno, era ritenuto il figlio non rompere il testamento del padre fatto sul *peculio castrense* o *quasi castrense*, se in quello fosse stato istituito o debitamente diseredato (r).

Non v'era unanimità tra i giureconsulti pel caso che si acquistasse i diritti di suità per adozione o arrogazione. In una parte Gaio sosteneva la rottura del testamento, anche quando l'adottato dopo la compilazione del testamento vi si trovasse

(r) L. 28. §. 1. de lib. et post. (28. 2.). *Tryphon.* Filiusfamilias miles de castrensi peculio fecit testamentum habens filium in eiusdem potestate; quum militare desiisset patre eodemque avo defuncto, quaesitum est, an rumpetur eius testamentum? Non quidem adoptavit, nec hodie ei natus est filius, nec priore subducto de potestate suo herede ulterior successit in proximum locum, sed tamen in potestate sua habere coepit, quem non habebat, simulque paterfamilias factus est, et filius sub eius recidit potestate; rumpetur ergo testamentum. Sed si heres sit institutus, vel exheredatus iste eius filius, non rumpitur, quia nullo circa eum novo facto, sed ordine quodam naturali nactus est potestatem.

istituito (s), dall'altra Scevola e Papiniano difendevano la dottrina contraria (t); ma essendo la opinione di questi ultimi giureconsulti stata ricevuta nelle Pandette, la controversia deve riguardarsi come risoluta in quest'ultimo senso. Nel caso invece della diseredazione di un estraneo, ch'è di poi adottata, deve produrre la rottura del testamento anche nell'ultimo diritto (u), meno però quando un figlio emancipato o dato in adozione, è arrogato o riadottato, perchè in entrambi questi casi il testamento resta nel suo pieno vigore (v). Per analogia valgono i medesimi principii per il legittimato.

Infine perchè tutti questi principii avessero piena validità, conveniva che il testatore ponesse mente alle parole della istituzione; egli istituiva bene qualora avesse adoperato questa espressione: *sive vivo me, sive mortuo natus fuerit*, che se invece avesse detto: *qui vivo me natus fuerit*, e il postumo fosse nato dopo la morte, quantunque istituito, rompeva appena nato il testamento (x). Questo principio rigoroso fu modificato da Giustiniano, poichè volle in simile caso dovesse decidere più la intenzione che la espressione del testatore (y); si che quando in un sol caso è avvenuta, la istituzione dev'essere valida in entrambi; tale principio non si applica al caso della diseredazione per il noto principio *exheredationes non sunt adiuvandae.*

(2) La *bonorum possessio* per il suo carattere speciale merita in questo luogo un più attento esame. Essa nella teoria della successione necessaria non si rappresenta solo come un mezzo d'impugnare il testamento e rescinderlo: ma come un mezzo ancora di dare piena esecuzione al testamento: nel primo caso la *bonorum possessio*, diretta contro il testamento, è detta *contra tabulas*; nel secondo, poichè mantiene con suoi spedienti la disposizione testamentaria, è detta *secundum tabulas*.

(s) Gai. Inst. II. 140.

(t) L. 18. de iniust. rupt. test. (28. 3.). *Scevola.* Si, qni heres institutus est, a testatore arrogetur, potest dici satis ei factum, quia et antequam adoptetur, institutio ut in extraneo locum habebit. — L. 31. §. 1. de lib. et post.

(u) L. 8. §. 8. de bon. poss. contr. tab. (37. 4.). *Ulp.* Sed in extraneo Marcelli sententiam probat, ut exheredato ei arrogato postea non noceat.

(v) L. 23. pr. de liber. et post. (28. 2.). — L. 8. §. 7. 10. de bon. post. contro tab. *Ulp.* Si quis emancipatum filium exheredaverit, eumque postea arrogaverit, Papinianus libro duodecimo Quaestionum ait, Iura naturalia in eo praevalere; idcirco exheredationem nocere. Si filium in adoptiva familia constitutum pater naturalis exheredaverit, deinde sit filius emancipatus, nocebit ei exheredatio.

(x) L. 10. de post. et leg. (28. 2.). *Pomp.* Commodissime is, qui nondum natus est, ita heres instituitur: *sive vivo me, sive mortuo natus fuerit, heres esto*, aut etiam pure, neutrius temporis habita mentione; si alteruter casus omissus fuerit, eo casu, qui omissus sit, natus rumpit testamentum, quia hic filius nec sub conditione quidem scriptus heres intelligitur, qui in hunc casum nascitur, qui non est testamento apprehensus.

(y) L. 4. C. de post. hered. (6. 29.). *Iustinian.* Quidam, quum testamentum faciebat, his verbis usus est: *si filius vel filia intra decem mensium spatium post mortem meam editi fuerint, heredes sunto*, vel ita dixit: *filius vel filia, qui intra decem menses proximos mortis meae nascentur, heredes sunto.* Iurgium antiquis interpretatoribus legum exortum est, an videatur non continere testamento, et hoc ruptum facere. Nobis itaque eorum sententiam decidentibus, quum frequentissimas leges posuimus testatorum voluntates adiuvantes, ex nostra huiusmodi verborum compositione ruptum fieri testamentum videtur, sed sive vivo testatore, sive post mortem eius intra decem menses a morte testatoris numerandos filius vel filia fuerint progeniti, maneat testatoris voluntas immutilata, ne poenam patiatur praeteritionis, qui suos filios non praeteriit.

I. La *bonorum possessio contra tabulas* opera contro il testamento; pur giova distinguere se chi se ne avvale è un *suus*, ossia un erede necessario per diritto civile, ovvero un erede necessario per diritto pretorio p. e. l' emancipato; imperocchè il primo solamente per mezzo della *bonorum possessio* apre una vera successione *ab intestato* (z). Onde si noti che:

1) I soli *liberi praeteriti* hanno diritto alla *bon. poss. contra tabulas*, nè gl'*instituiti*, nè i *rite* diseredati (w); eccetto che:

a) Gl'*instituiti* possono far uso della *bon. poss. contr. tab.* quando è stato preterito un altro erede necessario, il quale però trovasi nello stato di usare della medesima *bon. poss.* (aa). Da questo emerge che la preterizione di un emancipato può essere di giovamento anche ai *sui* istituiti, specialmente quando sieno istituiti in meno della loro porzione *ab intestato*, poichè per mezzo della *bon. poss. commisso per alium edicto* ricevono quella porzione (bb). Bisogna però osservare:

α) Quegli può adoperare la *bon. poss. contr. tab. commisso per alium edicto*, cui questo diritto sarebbe spettato in caso ch'egli stesso fosse stato preterito nel testamento; una eccezione è pel figlio dato in adozione, il quale sebbene per una preterizione *edictum non committit*, pure può far uso della *bon. poss. commisso per alium edicto* (cc). Questo favore vale pel solo figlio, non già pel nipote dato in adozione durante la vita del padre, e quando quegli erediti per sè stesso, non già quando l'acquisti per l'istituzione di altri (dd). Se chi fu dato in adozione è istituito sotto condizione, dipende dall'esito della medesima; ossia a condizione avverata viene ammesso alla *bon. poss.*, altrimenti *repellitur ab ea possessione* (ee).

β) Se l'istituito entra nella eredità, e s'immischia come *suus heres*, viene escluso dalla *bon. poss.*; il Pretore lo tutela solamente per quello ch'egli ha ricevuto per la istituzione, e non per quello che avrebbe acquistato facendo uso della *bon. poss.*; sicchè dovrà egli star pago di quanto riceve per mezzo della istituzione (ff). Una ec-

(z) Ved. *Mühlenbruch*, pag. 45. — *Fabricius*, origiue e svolgimento della *bon. poss.* pag. 104.

(w) L. 1. pr. de bon. poss. contr. tab. (27. 4.).

(aa) L. 3. §. 11. b. t.

(bb) L. 8. §. 14. eod.

(cc) L. 8. §. 11-13. L. 10. pr. §. 1-3. L. 13. §. 2. b. t.—L. 1. §. 2. de coniug. cum emac. lib. (37. 8.).

(dd L. 8. §. 11. L. 10. pr. L. 13. §. 1. h. t. *Ulp.* In adoptiouem datos filios uou summoverl Praetor volnit, modo beredes institntl siut; et boc iustissime eum fecisse Labeo ait, nec enim in totum extranei sunt. Ergo sl fuerint heredes scripti, accipient contra tabulas bonorum possesslonem; sed lpsl soli nou committent Edictum, uisl fnerit alins praeteritus ex liberia, qui solent committere Edictum. Sed si lpse scrlptns uon sit, sed alius, qnl el acquirere hereditatem potest, uon est iu ea eausa, ut enm ad bonorum possessiouem contra tabnlas admittamns. Ut autem admittautnr ad bouorum possessionem, ex liberis esse eos oportet; ceterum si adoptivum filium dedi in adoptionem, et heredem scripsi, commisso per alios Edicto bonornm possessio contra tabulas ei notabitur.

(ee) L. 11. eod. *Paul.* Si iu adoptionem datus sub conditioue scriptus sit beres a uatnrali patre, alio committeute coutra tabulaa Edictnm, et ipse veniet; sed sl defecerit couditio, repellitnr ab ea possessione. Idem puto et iu eo, qui pnre qnidem, sed non inre scriptus sit beres.

(ff) L. 14. b. t. *African.* Si duobus filiis emancipatis alter heres institutus ait, alter praeteritus, si iustitutus adierit, quamvis verbis Edieti parum expressum sit, tamen uou posse eum petere bouorum possessionem respondit, quia iudicium patris secntus sit; uec euim emancipa-

cezione è riconosciuta in favore del figlio dato in adozione, al quale è data la *bon. poss.*, quantunque espressamente o tacitamente siasi immesso nell'eredità (gg).

a) L'erede potrà chiedere la *bon. poss.*, quando anche non sia certo che il *praeteritus* facesse uso del suo diritto; che se dopo veramente il *praeteritus* non se ne vale, quella *bon. poss. contra tabulas* avrà valore di *bon. poss. secundum tabulas* (hh).

b) Quanto al diseredato, per regola generale egli non potrà mai avere una simile *bon. poss.*; poichè la diseredazione non perde valore quando il contenuto del testamento è reso inefficace dalla *bon. poss.*, e solamente quando il testamento sia per diritto civile nullo, come quando rinunziano all'eredità tutti gli eredi istituiti, o quando è preterito un *suus heres*, cade ancora la diseredazione; in questo solo caso adunque il diseredato verrà riconosciuto come erede *ab intestato* accanto a coloro che adoperano la *bon. poss. contra tabulas* (ii).

tum si legatum acceperit, admitti ad bonorum possessionem, sive ab heredibus institutis, sive ab his, qui contra tabulas petierint, acceperit. Sed illud observandum, ut Praetor eum, qui heres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus sit, tueri debeat dum tamen non ampliorem quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset, ut hactenus deteriorem causam suam fecerit; quodsi ex minore parte sit institutus, eam duntaxat retinere possit, et quod extraneis quoque legata praestare cogatur. Quodsi is, qui in potestate est, heres institutus sit, quoniam necessarius heres fit, non aliud dici posse, quam et ipsum petere posse bonorum possessionem, si modo hereditati se non immiscuerit; tunc enim, quia iudicium patris comprobasse videtur, in eodem loco, quo emancipatum, haberi debere. — L. 15. §. 2. de legat. praest. (37. 5.).

(gg) L. 10. §. 2. 3. h. t. *Ulp.* Si in adoptionem datus, posteaquam iussu patris adoptivi hereditatem adiit, emancipatus fuerit, potest contra tabulas bonorum possessionem accipere, hereditatem que ipse potius habebit, quam pater adoptivus. Illud notandum est, quod, et si adierit hereditatem in adoptionem datus, contra tabulas datur; alias autem si quis legatum, si quis portionem sibi datam agnoverit, a contra tabulas bonorum possessione repellendus est.

(hh) L. 10. §. 6. L. 14. pr. L. 15. §. 1. de leg. praest. (37. 5.). *Ulp.* Hi, qui propter alios contra tabulas bonorum possessionem petunt, non exspectant, ut praeteriti bonorum possessionem accipiant, verum ipsi quoque bonorum possessionem petere contra tabulas possunt; quum enim semel beneficio aliorum ad id beneficium fuerint admissi, iam non curant, petant illi, nec ne, bonorum possessionem.

(*ii*) L. 8. pr. L. 10. §. 5. L. 20. pr. h. t. *Tryphon.* Filium, quem in potestate habebat, exheredavit, emancipatum praeteriit; quaesitum est, quatenus emancipatus bonorum possessionem habiturus sit. Dixi, si scripti heredes extranei adierint hereditatem, repellendum esse filium, qui mansit in potestate. Quodsi hi repudiaverint hereditatem — quod facile sunt facturi, nihil laturi ex hereditate propter eum, qui contra tabulas accepit bonorum possessionem, — filius ab intestato patri suus heres deprehendetur, emancipatus autem petens contra tabulas bonorum possessionem, solus habebit bonorum possessionem. Sed quum exheredatio non adita hereditate ex testamento nullius sit momenti, ideoque non obstare eam, nec quo minus contra tabulas libertorum patris accipiat bonorum possessionem. Iulianus recte respondit, ne testamentum per omnia irritum ad notam exheredationis solam profecisse videatur, redit res ad intestati exitum, ut adversus filium suum ex asse heredem, ab intestato patre emancipatum Praetor in parte dimidia tueatur. Erit ergo venale beneficium scripti heredis extranei, ut, quum ipse iura hereditatis nihil sit consecuturus, adeundo repellat filium in potestate relictum, praestetque assem emancipato filio iure contra tabulas bonorum possessionis; si autem omiserit hereditatem, in portionem bonorum exheredatum effectum admittet iura factum solum suum heredem. Sed quemadmodum Praetor emancipatum tueatur, si adita non fuerit hereditas, ita nec filius, qui in potestate remansit, aditione adhibita in totum expellendus erit, sed ad hereditatis petitionem

2) La *bonorum possessio contra tabulas* è fondata quando per mezzo del testamento si può aprire la successione, ovvero sarebbe riconosciuta una *bonorum possessio secundum tabulas;* ossia quando il testamento non abbia altro vizio che quello della detta preterizione; poichè se fosse difettoso in altre parti, ne seguirebbe anzichè la *bon. poss. contra tab.* una successione *ab intestato* (kk). Un'applicazione di questo principio avviene quando un erede necessario è diseredato in un testamento anteriore, e preterito in un testamento pretorio *(testamentum imperfectum)*, allora solamente gli si potrà accordare la *bon. poss. contra tab.* quando tutti gli eredi istituiti potessero far uso della *bon. poss. secundum tabulas*, ossia quando fossero tutti eredi *ab intestato* del testatore (ll).

3) La *bonorum possessio contra tabulas* ha la virtù di annullare il contenuto materiale del testamento, ma con ciò, come avvertimmo, non segue che l'eredità si apre *ab intestato*, quantunque essa venga divisa fra coloro che adoperano la *bon. poss.*, secondo le norme di una successione legittima (mm). Per la qualcosa, non essendo conseguenza di questa *bon. poss.*, la successione *ab intestato*, la Nov. 118 non è applicabile: onde bisogna stabilire, che non solo non devono essere compresi nella partizione quei discendenti che, benchè avessero diritto alla successione *ab intestato*, come il nipote figlio della figlia, pure non abbiano diritto d'impugnare il testamento ove non sieno istituiti o debitamente diseredati; ma ancora che rimane intatta la *nova clausola Iuliani de coniungendis cum emancipato liberis;* sul qual punto è da osservare:

a) La pratica importanza della *nova clausola* consiste in ciò che il nipote restato sotto la patria potestà dell'avo concorre con suo padre già emancipato, in modo che entrambi ricevono una sola porzione, cioè quella stessa che il padre avrebbe ricevuto se fosse restato sotto la potestà del defunto come *suus heres;* che si divide fra loro per metà, e secondo questa proporzione si stabilisce anche il diritto di accrescere (nn).

b) La *nova clausola* non è applicata certamente quando non è emancipato il fi-

admitteudus est ex causa inoffieiosi querelae contra emaucipatum movendae. — L. 1. §. 5. de couiuug. eum emaue. lib. (37. 8.). — L. 32. de lib. et post. (28. 2.). — L. 1. §. 3. si tab. test. nullae extab. (38. 6.).

(kk) L. 19. b. t. *Tryphon*. Quod vulgo dicitur, liberis datam bouorum possessiouem coutra lignum esse, sie intelligeudum est, ut suffieiat extitisse tabulas mortis tempore patris, ex quibus vel adiri hereditas, vel secuudum eos bonorum possessio peti potuit, quamvis ueutrum eorum postea seeutum sit, vel sequi potuit, nam si vel omues iustituti, substitutique ante testatorem deces serint, vel his seriptus heres fuerit, eum quo testamenti factio nou fuit, peti eontra tabulss inaue est, quae siue effeetu foret.

(ll) L. 12. §. 1. h. t. ved. — *Mühlenbruch*, comm. XXXVIII. pag. 446. — *Fabricius*, l. c. pag. 131.

(mm) L. 11. §. 1. b. t. *Paul*. Expleto iuris legitimi et bouorum possessio contra tabulas distribuitur; igitur nepotes ex uno filio unam partem habebuut.

(nn) L. 1. pr. §. 2. 3. 7. 11. L. 7. de coniuug. cum emaue. lib. (37. 8.). *Ulp*. Et in adoptionem datus filius, et heres institutus ad hoe Edietum pertinet, ut ei iungatur nepos, qui in avi sui naturalis potestate est; iungitur autem uepos patri suo emaucipato, sive pater praeteritus sit, sive institutus. Et baee erit differentia inter iu adoptionem datum et emaucipatum, quod in adoptionem quidem dato nou alias iuugitur, nisi instituto et alio committeute Edietum, emancipato autem, sive sit institutus emaucipatus, sive sit praeteritus. — L. 1. §. 9. L. 12. pr. de bon. poss. contra tab. (37. 4.). — Confr. L. 13. §. 2. de bon. poss. c. t. (37. 4.).

glio ma il nipote del defunto, o quando entrambi sono emancipati, ovvero nessuno dei due, poichè in tutti questi casi il nipote è escluso dal padre suo (oo). Oltre a ciò non si può applicare la *nova clausola* quando il nipote non sia figlio naturale dell'emancipato, ma fu adottato dall'avo *quasi ex eo nato;* ovvero quando il nipote fosse adottato invece del figlio emancipato; nel qual caso se il *nepos in locum filii adoptatus* resta fino alla morte in potestà del testatore, riceve l'intera porzione; se all'incontro prima della morte fosse emancipato, verrà escluso dal padre (pp). Il nipote, che dopo la morte del padre è adottato dall'avo in luogo di figlio, riguardato quindi come padre dei suoi fratelli, esclude in tale condizione tutti gli altri: emancipato innanzi la morte dell'avo, cessa d'esser riguardato come padre dei suoi fratelli, e non sarà applicata la *nova clausola Iuliani* (qq).

4) Non tutto però il contenuto del testamento viene annullato per mezzo della *bonorum possessio contra tabulas*, ma rimangono le sostituzioni pupillari, i legati, e per analogia anche la tutela testamentaria.

a) Resta la sostituzione pupillare quando per altro il testamento sia valido secondo il diritto civile; che se al contrario è trasandato un *suus heres*, ovvero il testamento è *destitutum*, la sostituzione pupillare come la diseredazione è di nessun momento. Se poi lo stesso sostituto pupillare abbia chiesto la *bon. poss.*, egli perde ogni diritto come sostituto (rr).

b) Sui legati evvi un editto speciale, *edictum de legatis praestandis;* coloro contro i quali si fa uso di questo editto non sono tuttavia obbligati ad osservare tutti i legati, ma solamente quelli costituiti per le *personae coniunctae;* alle quali appartengono i genitori ed i figli senza riguardo se agnati o cognati, se nella famiglia del

(oo) L. 1. §. 6. de coniung. cum emancip. lib. *Ulp.* Si pater in potestate manens exheredatus, vel institutus sit, nepotem ex eo, sive in potestate manentem, sive emancipatum, ad bona avi neque vocari, neque vocandum esse, Scaevola ait; toties enim nepoti consulendum est, quoties in potestate retentus est patre emancipato. Liberos igitur in familia esse oportet, ut huic Edicto locus sit, eius scilicet familia, cuius bonorum possessio petitur. Sed et si postumus natus sit ex emancipato, ante emancipationem conceptus, idem erit dicendum. — L. 6. §. 1. de bon. poss. c. t. L. 5. §. 1. si tab. test. nullae extab. (38. 6.).

(pp) L. 1. §. 9. de coniung. cum emanc. lib. (37. 8.). *Ulp.* Si pater ex duobus filiis, quos in potestate habuit, alterum emancipaverit, et nepotem ex eo in locum filii adoptaverit, et praeterito emancipato decesserit, Iulianus ait, nepoti in locum filii adoptato succurri oportere, ut quasi filius portionem habeat, quam haberet, et si extraneus adoptatus esset. Sic fiet, inquit, ut filius, qui in potestate fuit, tertiam partem, nepos in locum filii adoptatus aliam tertiam, emancipatus filius cum nepote altero retento in potestate partiatur; nec enim minus debet ferre nepos in locum filii adoptatus, quam si ab extraneo esset adoptatus. — L. 3. §. 3. 4. L. 13. §. 3. de bon. poss. c. t.

(qq) L. 3. §. 1. de bon. pos. c. t. (37.4.). *Ulp.* Si duos habens nepotes, alterum emancipatum loco filii adoptaverit, videndum, an solus ille quasi filius admittatur. Quod ita scilicet procedit, si, quasi patrem eius nepotis, quem retinuerat, sic adoptaverit; melius est autem dicere, posse eum solum ad bonorum possessionem pervenire.

(rr) L. 22. L. 34. §. 2. de vulg. et pup. subst. (28. 6.). *Gaius.* Is, qui contra tabulas testamenti patris bonorum possessionem petierit, si fratri impuberi substitutus sit, repellitur a substitutione. *Paul.* Si duobus a milite liberto scriptis heredibus, alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et competit patrono ab intestato bonorum possessio; nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem. — L. 5. §. 4. de legat. praest. (37. 5.). — L. 2. pr. de his, quae ut ind. (34. 9.).

testatore ovvero in una estranea adottiva; soltantochè pei figli adottivi si richiede che non sia sciolto il legame di adozione (ss). Entra ancora nel favore dell'editto il *praelegatum dotis* lasciato alla propria moglie, o a quella del figlio o del nipote purchè il prelegato sia *dotis nomine* (tt); se la moglie o la nuora non ha dote, non vale il prelegato, quantunque fatto *sub praetextu dotis* (uu).

Le persone congiunte possono chiedere il legato quando non fanno uso della *bon. poss. contra tabulas*, sicchè per essi è alternativo il diritto di avere il legato o riconoscere la *bon. poss.* (vv); è inoltre richiesto che il legato si acquistasse dal congiunto direttamente, e non per mezzo del figlio o dello schiavo; e che fosse sempre da lui ritenuto: onde non sarebbero tenuti a soddisfare il legato i possessori dei beni se esso dovesse restituirsi a persone estranee. Per contrario se il legato fosse dato a persone estranee, perchè si restituisse ad un congiunto, dovrebbe essere pagato. Le medesime regole si estendono alla donazione per causa di morte (ww).

A fine di rimuovere ogni pregiudizio da coloro che chiedevano la *bon. poss.*, fu stabilito, che le persone *coniunctae* non potessero conseguire più di quanto riceveva l'erede necessario con la *bon. poss.* (xx).

(ss) L. 1. pr. §. 1. 2. 3. de leg. praest. (37. 5.). *Ulp.* Et liberos Praetor excepit, nec gradus liberorum parentumve enumeravit; in infinitum igitur iis praestabitur. Sed nec personas prosecutus est, utrum ex virili sexu, an ex feminino descendant. Quisquis igitur ex liberis parentibusque fuerit, ad legati petitionem admittetur, sed ita demum, si iura cognationis sunt inter eos. Liberos autem etiam eos ad legatorum petitionem admittimus, qui in adoptionem dati sunt, vel etiam in adoptivi, dummodo maneant liberi. Postumis liberis legata relicta utique praestabuntur.

(tt) L. 1. pr. L. 8. §. 3. 4. 6. L. 9. eod. *Ulp.* Si quid uxori nuruique fuerit legatum praeter dotem, accepta contra tabulas bonorum possessione non praestabitur. Nurus autem appellatione et pronurum ceterasque contineri, nulla dubitatio est. Quum autem dotis nomine legatur, non puto, ad virilem uxorem nurumve redigendam, quum mulier ista ad aes alienum veniat. Non solum autem dotem praelegatam Praetor complectitur, verum etiam si pro dote aliquid fuerit relictum, utputa si dos in rebus sit, et pro rebus ei quantitas relinquatur, vel contra, dum tamen hoc nominetur, quod pro dote relinquitur.

(uu) L. 15. §. 3. eod. *Paul.* Ei, quae dotem non habet, nullum legatum debebitur, licet sub praetextu dotis legetur.

(vv) L. 5. §. 2. h. t. *Ulp.* Omnibus autem liberis praestari legata Praetor voluit, exceptis his liberis, quibus bonorum possessionem Praetor dedit ex causis supra scriptis; nam si dedit bonorum possessionem, non putat legatorum eos persecutionem habere. Constituere igitur apud se debet, utrum contra tabulas bonorum possessionem petat, an vero legatum persequatur; si elegerit contra tabulas, non habebit legatum, si legatum elegerit, eo iure utimur ne petat bonorum possessionem contra tabulas.

(ww) L. 3. §. 2. 4. 5. 6. L. 5. §. 2. 6. L. 7. eod. *Ulp.* Hoc autem solum debetur, quod ipsis parentibus relictum est, et liberis; ceterum si servo eorum fuerit adscriptum, vel subiectae iuri eorum personae, non debetur, nec enim quaerimus, cui acquiratur, sed cui honor habitus sit. Sed et si coniunctim ei fuerit legatum relictum cum eo, cui non praestatur, sua tantum portio ei conservabitur. Item si quis ex his personis rogatus sit restituere extero, quod sibi relictum est, dicendum, non esse legatum praestandum, quia emolumentum ad eum non respicit. Sed si proponas extero legatum, rogatumque eum praestare hoc alicui ex liberis parentibusque, consequenter dicemus, praestari debere. Hoc amplius, et si extraneo relictum sit sub hoc modo, ut alicui ex liberis praestet, aequissimum erit dicere, non debere ei Praetorem denegare actionem.

(xx) L. 7. 23. eod. L. 3. fin. L. 7. de coniung. cum emancip. lib. (37. 8.).

Quando vi sono nel testamento molti gradi d'istituzione, chi domanda la *bon. poss.*, non è obbligato di riconoscere i legati verso tutte le persone congiunte, ma solamente verso quelle che trovansi nel grado contro cui è ammessa la *bon. poss.*

Non tutti coloro che ereditano per *bon. poss. contra tabulas* debbono riconoscere i legati a favore delle persone congiunte; il *suus heres* preterito n'è in ogni caso liberato, poichè potendo egli far annullare il testamento ed abbattere quindi anche la disposizione dei legati, debbono per lui gli effetti della *bonorum possessio contra tabulas* assomigliarsi alla successione *ab intestato* (yy). Se insieme col *suus* è dimenticato ancora un emancipato, neppure questi è obbligato a riconoscere i legati; per contra se il solo emancipato fosse preterito e il *suus* chiedesse la *bon. poss. commisso per alium edicto*, deve pagare i legati alle *persone coniunctae* (zz); parimente debbono pagarsi quando il *suus* è istituito e l'emancipato dimenticato nel testamento, ed entrambi fanno uso della *bon. poss.* (aaa).

Finalmente i legati alle *personae coniunctae* devono essere prestati da tutti quanti sono ammessi alla *bonorum possessio contra tabulas*, anche quando ne fosse imposto il carico nel testamento ad uno di essi, pel quale si riconosca la *bon. poss. commisso per alium edicto* (bbb).

5. La *bonorum possessio contra tabulas* si estingue o pel trascorso del tempo richiesto per l'*agnitio*, o per l'accettazione del testamento (ccc).

II. Può il testamento essere mantenuto in vigore con la *bonorum possessio secundum tabulas*. È principio generale del sistema di successione pretorio, che quando per qualunque motivo non abbia luogo la *bon. poss. contra tabulas*, debba aprirsi quella *secundum tabulas* (ddd). L'applicazione di questo principio può scorgersi nei seguenti casi:

Se nel testamento sono trasandati gli eredi necessarii pretorii *(liberi)*, sicchè il testamento sia valido *iure civili*, nel caso che costoro rinunciano alla *bon. poss. contra tabulas*, o mancano prima dell'*agnitio*, possono gli eredi istituiti chiedere la *bonor. poss. secundum tabulas*, ovvero entrare nei beni in qualità di *heredes*. All'incontro nel caso che fosse trasandato un *suus heres*, sicchè il testamento sia nullo

(yy) L. 15. pr. L. 16. de leg. praest. (37. 5.). *Paul.* Is, qui in potestate est, praeteritus legata non debebit praestare, etsi contra tabulas bonorum possessionem petierit, quia et non petita bonorum possessione intestati hereditatem obtineret; nec enim exceptio doli mali huic noceat, et absurdum est, eum cogi legata praestare, quia bonorum possessionem petierit, quum et sine hac hereditatem habiturus sit suo iure. Unde, si duo praeteriti sunt, emancipatus et is, qui in potestate est, quidam nec emancipatum praestare debere legata existimant, quia effectu fratris aufert partem dimidiam, quum, etsi hic non peteret, suus solus rem habiturus esset. Quid ergo est, ubi praeteritus sit suus? verius est, quod dictum est. Ubi vero scriptus est, et voluntatem patris habet, debet teneri legatariis, etiamsi omiserit bonorum possessionem.

(zz) L. 16. eod. — Ved. not. prec.

(aaa) L. 15. pr. eod. — Ved. not. (yy). — L. ult. de coniung. cum emanc. lib. (37. 8.). — Conf. L. 14. pr. L. 15. §. 1. de leg. praest. (37. 5.). — L. 17. de ininst. rupt. test. (28. 3.).

(bbb) L. 14. § 1. de legat. praest. (37. 5.). *Ulp.* Si ab uno ex filiis herede instituto nominatim alicui ex liberis parentibusque legatum datum sit, et acceperit bonorum possessionem contra tabulas cum aliis, melius est probare, omnes, qui contra tabulas bonorum possessionem acceperunt, cogendos id legatum praestare.

(ccc) L. 10. §. 3. infin. L. 14. pr. L. 15. de bon. poss. contr. tab. (37. 4.). — Ved. not. (yy). — L. 5. §. 2. de leg. praest. (37. 5.)

(ddd) L. 2. de bon. poss. secund. tab. (37. 11.).

iure civili, se il dimenticato rinuncia alla *bon. poss. contra tabulas*, facendosi forte del diritto civile, potrà anche essere riconosciuta la *bon. poss. secundum tab.*, ma, secondo i principii, *sine re* (pag. 20.). È controverso se la *bon. poss. sec. tab.* sia *cum re* nella prima ipotesi, e quando l'erede istituito chieda la *bon poss. secundum tab.*, astenendosi il *suus*, morendo prima di entrare nell'eredità.

1) Il *suus* si astiene dalla eredità. È dubbio se l'istituito sempre avesse la *bon. poss. secund. tab. cum re*, ovvero nel solo caso che egli fosse il più prossimo erede *ab intestato*. *Cuiacio* opina nel secondo modo, e la sua opinione è seguita da qualche moderno (eee): Argomenta dalla legge 71. *de iniust. rup. test.*, ma senza ragione; imperocchè in quella legge non è detto che al fratello istituito sia data la *bon. poss. sec. tab. ex bono et aequo*, talchè se ne possa conchiudere che a nessun'altro sia da concedere, ma il significato di quella legge è piuttosto il seguente, che il fratello istituito *ex bon. et aequo* deve pagare tutti i legati, sebbene per principio del diritto civile mancando il testamento dovrebbero mancare anche i legati. Secondo l'opinione nostra la *bonor. poss.* è per qualunque istituito *cum re;* questa successione *ab intestato* non è deferita ai più prossimi eredi *ab intestato*, poichè il *suus*, secondo il concetto del diritto civile è erede e rimane tale ancora non ostante l'astensione; essi hanno la *bon. poss. intestati*, alla quale è sempre preferita la *bon. poss. sec. tab.* (fff).

2) Il *suus heres* muore prima del testatore. Se per *suus* qui s'intende il postumo, è evidente che la *bon. poss. secund. tab.* è sempre *cum re*, eccetto quando nel testamento rotto dal postumo vi fosse un *suus* o un emancipato diseredato, nella quale ipotesi si apre *ab intestato* la successione *unde liberi* (ggg); se poi si trattasse di un *suus iam natus* preterito, si avrà la *bon.poss. sec. tab. cum re*, quando gl'istituiti fossero nel medesimo tempo i più prossimi eredi *ab intestato* del testatore (hhh).

3) Finalmente se il *suus* morisse dopo il testatore, si comprende di leggieri che la *bonor. poss. secundum tab.* degli eredi istituiti rispetto all'erede del *suus* defunto dev'essere sempre *sine re* come rispetto al *suus* medesimo; e solamente quando gli eredi del *suus* facciano uso del *ius abstinendi* si ha lo stesso caso contemplato nel n.° 1. (iii).

§. 253.

2) Della diseredazione.

Diseredare è rimuovere dall'istituzione di erede chi senza ciò sarebbe chiamato necessariamente alla successione. Per esser valida la diseredazione dev'essere fatta debitamente *(rite)*, e specialmente deve avere questi requisiti:

(eee) *Cuiacii*, in lib. V. Respons. Papin. ad leg. 17. de iniust. rupto test.—*Franke*, pag. 108. not. 25. — *Leist. histor. bon. poss. sec. tab.* pag. 41.

(fff) L. 2. C. unde liberi (6. 14.). — L. 2. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.). — *Franke*, pag. 108. — *Mühlenbruch*, XXXVI. pag. 325. — *Leist.* 1. pag. 279.

(ggg) L. 13. de doli mal. except. (44. 4.). — *Fabricius*, B. P. pag. 112.

(hhh) *Mühlenbruch*, XXXVI. pag. 310.—*Fabricius*, orig. delle B. P. pag. 111.—*Leist.* B. P. II. 1. pag. 289. not 6.

(iii) *Vangerow*, o. c. §. 472. 73.

a) Deve escludere assolutamente ed espressamente l'erede *suus* (a);

b) Deve estendersi a tutte le facoltà del testatore (b).

c) Finalmente deve estendersi a tutti i gradi; ossia quando nel testamento vi sono istituzioni e sostituzioni, la diseredazione non deve riguardare le prime o le altre, ma tutti i gradi d'istituzione e sostituzione; sicchè la diseredazione fatta nel primo grado si suppone, senza bisogno di ripetizione, negli altri gradi (c).

Bisogna nondimeno osservare che:

Poichè per diritto civile la preterizione dei *sui*, che esistono al tempo del testamento, annulla quest'atto fin dal principio, la preterizione dei postumi la rompe *ex post:*

1) Se il *suus* esistente al tempo del testamento non è diseredato da tutti i gradi, vale la massima: *eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere* (d).

Perciò se il *suus* è preterito nel primo grado, e diseredato nel secondo, non succede il *suus*, ma il sostituto, aprendosi la successione nel secondo grado (e); se è diseredato nel primo grado, e preterito nel secondo viene escluso dagli eredi istituiti nel primo grado; ma, mancando questi per qualunque cagione la eredità non passa al secondo grado, bensì al

(a) L. 5. §. 1. L. 13. §. 2. L. 29. §. 10. h. t. (28. 2.). *Iulian.* §. 2. Testamentum, quod hoc modo scribitur: *Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres esto*, nullius momenti est, quia filius post mortem suam exheredatus est; quare et contra tabulas paternorum libertorum huiusmodi filius bonorum possessionem accipere poterit. — L. 19. pr. de bon. poss. contr. tab. (37. 4.).

(b) L. 19. h. t. (28. 2.). *Paul.* Quum quidam filium ex asse heredem scripsisset, filioque, quem in potestate habebat, decem legasset, adiecit: *et in cetera parte exheres mihi erit*, et quaereretur, an recte exheredatus videretur, Scaevola respondit: non videtur; et in disputando adiiciebat, ideo non valere, quoniam nec fundi exheres esse iussus recte exheredaretur, aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur, exheredationes autem non esse adiuvandae.

(c) L. 14. §. 1. h. t. (28. 2.). — Ved. not. seg. — L. 4. §. 2. de hered. inst. (28. 5.).

(d) L. 14. §. 1. h. t. (28. 2.). *African.* Quod vulgo dicitur, eum gradum, a quo filius praeteritus sit, non valere, non usquequaque verum esse ait; nam si primo gradu heres institutus sit filius, non debere eum a substitutis exheredari, ideoque si filio et Titio heredibus institutis, Titio Maevius substitutus sit, omittente Titio hereditatem Maevium eam adire posse, quamvis filius secundo gradu exheredatus non sit.

(e) L. 3. §. 6. h. t. (28. 2.).—L. 43. §. 2. in fin. de vulg. et pupill. subst. (28. 6.). *Paul.* Lucius Titius, quum haberet filios in potestate, uxorem heredem scripsit, et ei substituit filios; quaesitum est, an institutio uxoris nullius momenti sit eo, quod ab eo gradu filii non essent exheredati? Respondi, eum gradum, a quo filii praeteriti sint, nullius esse momenti, et ideo, quum iidem substituti proponantur, ex testamento eos heredes extitisse videri, scilicet quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit, sicut responsum est, si a primo sit filius praeteritus, a secundo exheredatus; nihil autem interest, qua ratione secundi heredis institutio valeat, utrum, quia ab eo filius exheredatus est, an ipse filius substitutus est.

suus ovvero agli altri eredi *ab intestato* (f). Parimente il preterito in primo grado, e istituito in secondo è chiamato immediatamente all'eredità testamentaria (g).

2) Non è sempre lo stesso pel postumo non diseredato in tutti i gradi. Se egli è dimenticato nel primo grado, e diseredato nel secondo, distinguasi, se al momento che addiviene *suus* il primo grado manca per altri motivi, vale la medesima regola che pel *suus iam natus*, cioè che il *postumo* viene escluso dai sostituti; nell'altro caso la nascita del postumo rompe anche il secondo grado ed egli entra nella successione (h). Riguardo al postumo diseredato in primo grado e preterito nel secondo vale la regola del *suus iam natus* (i). Manca una decisione legale pel terzo caso, cioè quando il postumo è preterito nel primo grado e istituito nel secondo, ma l' avviso migliore è di distinguere come nel primo caso: se al momento che il *postumus* addiviene *suus* esistono gli eredi del primo grado, rompe tutto il testamento e l'eredità gli è devoluta *ab intestato;* nell'altro supposto è chiamato quale erede testamentario.

Circa al luogo in cui dev'essere posta la diseredazione la legge sancisce che:

1) La diseredazione premessa alla istituzione priva in ogni grado.

2) La diseredazione può esser collocata tra un grado e l'altro od in mezzo all'istituzione.

3) Messa dopo tutti i gradi, allora escluderà l'erede da tutti i gradi, quando sia manifesta quest'intenzione del testatore (k).

(f) L. 8. de lib. et post. (28. 2.). *Pompon.* Si primo herede instituto filium exheredavero, a secundo autem substituto non exheredavero, et, dum pendet, an prior aditurus sit, filius decesserit, secundum sententiam, qua utimur, non erit secundus heres, quasi ab initio inutiliter institutus, quum ab eo filius exheredatus non sit. Quodsi in postumo filio idem acciderit, ut natus vivo patre, a quo exheredatus sit, moriatur, eadem dicenda erunt de substituto, quoniam, quum est natus filius loco eius est, qui superstes est. — L. 4. de iniusto rupt. irr. test. (28. 3.).

(g) L. 75. de hered. inst. (28. 5.). *Papinian.* Si filius substituatur ei, a quo praeteritus est, non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hereditatem, quoniam et quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exheredatus, inde testamentum inciperet, ubi filius esset exheredatus. — L. 43. §. 2. de vulg. et pup. subst. (28. 6.).

(h) L. 5. de iniusto rupt. test. (28. 3.). *Ulp.*... Rumpendo autem testamento sibi locum facere postumus solet, quamvis filius sequentem gradum, a quo exheredatus est, patiatur valere. Sed si a primo gradu praeteritus, a secundo exheredatus sit, si eo tempore nascatur postumus, quo aliquis ex institutis vivit, totum testamentum ruptum est; nam tollendo primum gradum sibi locum facit.

(i) L. 8. h. t. (28. 2.). — Ved. not. (f).

(k) L. 3. §. 2. — 5. h. t. (28. 5.).—L. 1. C. de lib. praet. (6. 28.). *Antonin.* Quum post omnes heredum gradus exheredatio scribatur, si adiiciat testator, ab omnibus se gradibus exheredare, non dubitatur iuri satisfactum. Et ideo, etiamsi id non adiiciatur, appareat tamen, eum eum eo consilio scripsisse, ut ab omnibus exheredaret, recte factum testamentum videtur. Proinde quum paterfamilias, filiis institutis et invicem substitutis, filiam exheredaverit, intelli-

La diseredazione può essere intesa a gastigare l'erede privandolo dell'eredità, ed ancora a fargli cosa utile: onde l'*exheredatio bona mente*. Si può diseredare un erede necessario per tema che l'eredità sia esposta a pericoli lasciandola nelle mani di lui, quando questo motivo sia espresso dal testatore o provato dall'erede istituito (l). È caso di *exheredatio bona mente* legare al prodigo i soli alimenti, e istituire eredi i figliuoli di lui, ovvero diseredare il figliuolo impubere, e porre all'istituito l'obbligo di sostentarlo, e restituirgli la successione all'uscita dell'impubertà (m).

B. Della porzione legittima.

§. 254.

1) Della porzione legittima in generale e di chi v'ha diritto.

I. Chiunque avesse voluto privare un suo prossimo congiunto, anche un *suus*, dalla successione, non era impedito di farlo, purchè avesse adempiuto alla formalità di diseredarlo debitamente. Ma siffatto arbitrio venne limitato, dandosi a chi per legge avea il diritto di succedere un'azione (*querela inofficiosi testamenti*) per pretendere una porzione sul patrimonio ereditario, la quale determinata appositamente dalle leggi, si appella porzione legittima. Essa fù fissata in analogia della legge Falcidia al quarto della porzione *ab intestato* spettante all'erede necessario: perciò non è difficile che si trovi in qualche passo scambiata col nome di falcidia la porzione legittima (a).

La differenza che passa tra quest'obbligo di lasciare la porzione legittima e quello di istituire o debitamente diseredare consiste maggiormente in ciò:

gendus est exheredationem ab utroqne gradn feeisse. Nam quum iidem heredes institnti sunt, nulla ratio reddi potest, qnare videatur in posteriore tantum casu exheredare voluisse.

(l) L. 3. §. 3. de usur. (22. 1.).—*Glück*, comm. VII. pag. 577.

(m) Ved. L. 18. h. t. (28. 2.). — L. 12. §. 2. de bon lib. (38. 2.) *Ulp.* Si quis non mala mente parentis exheredatus sit, sed alia ex causa, exheredatio ipsi non nocet; utputa pone furoris causa exheredatum eum, vel ideo, quia impubes erat, heredemque institutum rogatum ei restituere hereditatem. — L. 16. §. 2. de curat. fur. (27. 10).

(a) L. 31. C. de inoff. test. (3. 28.). *Iustinian.* Quae nuper ad testamenta conservanda nec facile retractanda sanximus, ut ratione Falcidiae, minime illis personis derelictae, quae ad inofficiosi testamenti querelam ex prioribus vocabantur legibus, non periclitentur testamenta, sed quod deest legitimae portioni, id est quartae parti ab intestato successionis, tantum repleatur, exceptis illis, quibus nihil in testamento derelictum est, in quibus prisca iura illibata servamus, etiam ad testamenta sine scriptis facienda locum habere sancimus. — L. 5. §. 3. C. ad leg. Jul. maiest. (9. 8.).

1) L'obbligo dell'istituzione o della diseredazione riguarda la forma, l'altro interamente la sostanza che deve rispondere ad un'aliquota della porzione *ab intestato*, tanto più che non è fissato il modo dell'istituzione, essendo pari se questa *portio* si lasci *titolo universali* o *titolo singulari*.

2) Le conseguenze sono ancora differenti: imperocchè, non adempiendosi l'obbligo della porzione legittima, il testamento non addiviene però nullo, nè contro esso viene concessa la *bonorum possessio (contra tabulas)*; resta valido, se non che può essere rescisso con la *querela inofficiositatis*, la quale figura una qualificata *hereditatis petitio ab intestato*.

II. Circa alle persone che vi hanno diritto non bisogna limitarsi al *suus heres* ed ai *liberi* pretorii, ma bisogna seguire un altro ordine d'idee. Hanno diritto alla porzione legittima:

1) I discendenti, e propriamente tutti coloro che han diritto alla successione *ab intestato*, eccetto i figliuoli naturali procreati con concubine, i quali, sebbene per Giustiniano avessero un limitato diritto di succedere *ab intestato*, non hanno nel medesimo tempo diritto alla porzione legittima; imperocchè la successione dei figli naturali è sottoposta alla condizione che il padre non abbia disposto *causa mortis* del suo patrimonio (b).

La medesima eccezione vale pel *minus plene adoptatus* rispetto al padre adottivo; egli ha un diritto di successione *ab intestato* sul suo patrimonio, ma non nel medesimo tempo diritto alla porzione legittima; rispetto per contra alla famiglia del padre naturale gli è questa riservata.

2) Anche gli ascendenti del testatore pei quali altresì è regola spettare la porzione legittima a tutti coloro che erediterebbero *ab intestato*. Pure si noti che:

a) Quando il testatore nel tempo della morte è ancora sotto la potestà del padre o dell'avo paterno, se può, deve riservare la porzione legittima di questi ascendenti quando dispone senza privilegi del peculio *castrense e quasi castrense;* che se il testatore fosse in condizione di fare un testamento militare, sarebbe pienamente libero di lasciare o no la porzione legittima. Quanto agli altri beni si può, solo nell'ultima riforma giustinianea, fissare per gli ascendenti la porzione legittima (c).

b) Quando il testatore fosse dato in adozione, si distingua se muore in potestà del padre adottivo, o se la potestà dell'*adoptans* fu anzi sciolta con la morte di lui. Nel primo caso bisogna stabilire che tanto il padre adottivo quanto il naturale han diritto alla porzione legittima (d). Nel se-

(b) Nov. 18. c. 5.—Nov. 89. c. 12. §. 4.

(c) Nov. 115. c. 4.—Nov. 123. c. 19.

(d) L. 30. de inoff. test. (5. 2.). *Marcian*. Adversus testamentum filii in adoptionem dati pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest.

condo, quando cioè il figlio testa da *homo sui iuris*, ancorchè non uscito dalla famiglia adottiva, dev'essere riconosciuto il diritto alla porzione solo per gli ascendenti naturali (e).

3) I fratelli e le sorelle, ma solo i germani ed i consanguinei; esclusi gli uterini ed i nipoti figli di qualunque fratello o sorella (f).

Non sempre sono essi chiamati alla porzione legittima, ma solamente quando nel testamento fosse istituita una persona *infamiae, vel turpitudinis, vel levis notae adspersa* (g) (§. 24.).

L' ordine è lo stesso della successione *ab intestato;* onde il testatore non è obbligato a lasciare la porzione legittima agli ascendenti, quando vi sono discendenti; i collaterali, fratelli germani e consanguinei, sono posposti agli ascendenti, e tra loro i germani sono preferiti ai consanguinei secondo le regole della successione *ab intestato.*

ANNOTAZIONE

La controversia già trattata nel §. 222, cioè se il *plene adoptatus* abbia diritto di successione *ab intestato* rispetto al padre naturale, si riproduce nella teoria della porzione legittima, e specialmente si domanda, se al figliuolo *plene adoptatus* sia riservata una porzione legittima del patrimonio del padre naturale. Chi gli nega il diritto di succedere *ab intestato* al padre naturale, gli nega logicamente il diritto alla porzione legittima; ma anche chi dopo la Novella 118 gli riconosce un diritto di successione *ab intestato*, gli nega poi quello della porzione legittima sul patrimonio del padre naturale; per ragione che Giustiniano nella legge 10 *de adoptionibus* glielo abbia espressamente contraddetto, nè perchè gli fu più tardi dato il diritto di successione *ab intestato*, si deve per assoluto conchiudere che gli venga ancora quello della porzione legittima (h). Al contrario altri riconoscono ad un tale adottato il diritto della porzione legittima, poichè se Giustiniano glielo contraddiceva nella legge 10 ciò era per la mancanza del diritto di ereditare *ab intestato*, non potendosi dare porzione legittima senza diritto alla successione *ab intestato*. Ma cangiato il principio bisogna vederne cangiate le conseguenze e perciò se in virtù della Novella 118 si concede al pienamente adottato un diritto di successione *ab intestato*, è forza nel medesimo tempo riconoscere per lui il diritto alla porzione legittima (i).

(e) *Büchel*, quistioni sulla Nov. 118. pag. 70.—*Vangerow*, §. 574.—*Mühlenbruch*, comm. XXXV. pag. 221. — *Puchta*, Pand. §. 488. not 6. — *Rosshirt*, succ. intest. pag. 320. suc. testam. I. pag. 83.

(f) L. 27. C. de inoff. test. (3. 28.). *Constantin.*: Fratres vel sorores uterini, ab inofficiosi actione contra testamentum fratris vel sororis penitus arceantur; consanguinei autem, durante agnatione vel non, contra testamentum fratris sui vel sororis de inofficioso quaestionem movere possunt, si scripti heredes infamiae vel turpitudinis vel levis notae macula assegnatur, vel liberti, qui perperam et non bene merentes maximisque beneficiis suum patronum assecuti, instituti sunt, excepto servo, necessario herede instituto. — §. 1. Inst. de inoff. test. (2. 18.). — L. 1. eod. (5. 2.). — L. 21. C. eod (3. 28.).

(g) L. 27. C. h. t. (3. 28.). — §. 1. Inst. h. t. (2. 18.). — Ved. not. prec.

(h) *Franke*, pag. 182. — *Büchel*, questioni sulla Nov. 118. pag. 70.

(i) Ved. *Rosshirt*, success. intest. pag. 397. success. test. I. pag. 79.

La prima opinione sembra la più giusta. Giustiniano al principio della sua legge narra la controversia presso gli antichi giureconsulti romani, se un figliuolo dato in adozione abbia la *bonor. poss.* contro il testamento del suo padre naturale. *Papiniano* risponde negativamente, *Paolo* la crede fondata, ma senza effetti; e *Marciano* distingue se, ponderati i fatti, si scorga la mancanza di affetto paterno, ossia se il padre naturale fosse povero o facoltoso. Segue la distinzione di Giustiniano in adozione *plena* e *minus plena*, determinando che nel caso dell'*adoptio plena* deve tenersi l'opinione di *Papiniano*. Ora il senso della questione dei sommi giureconsulti romani era più veramente questo: se il figliuolo dato in adozione, quando era il caso di succedere, ossia quando mancavano i *liberi* e i *legittimi*, potesse impugnare il testamento del padre naturale come inofficioso; per Papiniano no, quantunque il figliuolo dato in adozione avesse diritto di succedere *ab intestato* sul patrimonio del padre naturale nell'ordine *unde cognati*. Secondo questa spiegazione deve intendersi la decisione di Giustiniano: il figlio dato in adozione piena ritiene il diritto di succedere *ab intestato* in generale nell'ordine *unde cognati*, o *liberi* (§. 222.) verso il padre naturale, ma pure non ha riserva di porzione legittima, mancandogli l'azione per pretenderla, ossia la *querela inofficiosi testamenti*. Nè la Nov. 118 ha mutato questo principio, sicchè anche nel diritto novissimo è vera la sentenza di Papiniano, che il figliuolo dato in adozione eredita *ab intestato* come discendente cognato di suo padre naturale, ma non ha diritto alla *querela inofficiosi testamenti* (k).

§. 255.

2) Determinazione della porzione legittima.

Nel diritto anteriore alla Novella 18 era la porzione legittima determinata alla quarta parte *legitimae portionis* cioè della parte che si prenderebbe *ab intestato* (a). Giustiniano con la Nov. 18 ordinò che se il testatore lasciasse quattro figli, questi insieme dovessero conseguire un terzo, se cinque o più, una metà di tutto l'asse ereditario; e che questo terzo, o metà dovesse essere egualmente diviso tra i figliuoli. Dal contesto di tutta la Novella si scorge che tale disposizione riguarda unicamente i figli e tutti coloro che han diritto alla porzione legittima (b).

(k) *Vangerow*, §. 474.

(a) L. 8. §. 8. de inoff. testam. (5. 2.). *Ulp.* Quoniam antem quarta debitae portionis sufficit ad excludendam querelam, videndum erit, an exheredatus partem faciat, qui non queritur; ut puta sumus duo filii exheredati; et utique faciet, ut Papinianus respondit; et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus, unicum sescuncia, unum ex illis semuncia querela excludit. — §. 3. Inst. eod. (2. 18.). — L. 31. C. eod. (3. 28.).

(b) Nov. 18. c. 1. — Haec nos moverunt, ut legem corrigeremus, nec in perpetuum eam sineremus erubescere, sed tali modo rem determinaremus, ut, si quis unius, vel duorum, aut trium, vel quatuor liberorum pater aut mater sit, non quadrantem solum ipsis relinquat, sed tertiam bonorum partem, hoc est quatuor uncias, eaque mensura sit dicto illi numero definita. Sin vero plures quam quatuor habuerit liberos, dimidiam partem totius substantiae suae illis

La porzione legittima è sempre da determinare, secondo il diritto anteriore alla Nov. 18, come una *portio portionis ab intestato*, ossia sempre distributivamente e non collettivamente, poichè sebbene sembri che Giustiniano l'avesse determinata collettivamente pei figliuoli, ciò si spiega in quanto che pei discendenti la partizione distributiva ha lo stesso risultato dell'altra: non è quindi da porre il principio che dal patrimonio ereditario tolta la porzione riservata, si divida tra coloro che ne hanno diritto, ma bisogna tener fermo che la porzione legittima anche dopo la Nov. 18 è sempre una *portio portionis ab intestato* (c).

Da ciò deriva che per determinare la porzione legittima s'hanno da computare tutti gli eredi *ab intestato*, ossia tutti coloro che sarebbero succeduti se non fosse stato il testamento; anche il diseredato, e quelli che han diritto alla successione *ab intestato* senza avere pure la riserva della porzione legittima. Se p. e. vi sieno cinque figliuoli, uno dei quali debitamente diseredato, ognuno de' quattro avrà per legittima un decimo, ovechè non computando il diseredato, avrebbe ciascun figlio solamente un dodicesimo del patrimonio *(exheredatus numerum facit ad augendam legitimam)*. Al contrario se vi sieno sei figliuoli, e di questi uno debitamente diseredato, ciascuno dei cinque riceverà per legittima un dodicesimo, quando che non computando il diseredato, avrebbe avuto una decima parte del patrimonio *(exheredatus numerum facit ad minuendam legitimam)*.

Il calcolo della porzione legittima, come nella legge Falcidia, si fa riguardando l'asse ereditario al punto della morte del testatore senza tener conto di aumenti posteriori (d): tolti da questa massa tutti i debiti dell'eredità e le spese dei funerali, sull' avanzo si computa la porzione legittima.

La porzione legittima può essere lasciata tanto per mezzo di legati, quanto per donazione a causa di morte, ovvero per istituzione di erede (e):

relinquat, ut sex unciae sint omnino quod debetur, et inter singulos triens forte vel semis aequaliter dividatur; idque non iniusta rerum circumstantia (fortasse enim etiam hic iniuria quibusdam fieri posset, si hi quidem meliora, illi vero deteriora acciperent), sed quod cuique competit per omnia in quantitate et qualitate aequale sit, sive quis illud per modum institutionis, sive legati, seu quod idem est fideicommissi nomine relinquat; licet enim ei id, quod reliquum est, bessem scilicet vel semissem, habere, et prout voluerit sive liberis ipsis, sive extraneis largiri, et quum naturae prius quae debet praestiterit, deinde erga extraneos liberalem esse. Atque hoc in omnibus personis, quibus ab initio antiqua quarta querelae de inofficioso constituta est, obtineat. — *Franke*, o. c. pag. 208.— *Mühlenbruch*, XXXV. pag. 238.— *Haimberger* §. 327. not. 5.

(c) §. 7. Inst. de inoff. test. (2. 18.). — Nov. 18. c. 2. Nov. 22. c. 48.

(d) L. 6. C. de inoff. test. (3. 28.). *Anton*. Quum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspicitur.

(e) §. 6. Inst. de inoff. test. (2. 18.). — L. 8. §. 6. de inoff. test. (5. 2.). — L. 33. pr. C. h. t. (3. 28.). *Just*. Si quis suo testamento maximam quidem portionem libero dereliinquat,

ma tutto ciò che si riceve direttamente dal testatore per atto di liberalità o per testamento vi deve essere imputato. È escluso dall' imputazione quello che proviene da sostituzione, o da diritto di accrescimento; ma s'imputa nella porzione legittima la dote o la donazione *propter nuptias* costituita dal testatore in qualità di ascendente, il prezzo di una *militia* comprata, e finalmente anche la donazione tra vivi, ma sol quando sia fatta a condizione di conferirla (f). Tuttociò che si lascia e s'imputa nella porzione legittima è valutato al punto della morte del testatore.

La porzione legittima dev' essere lasciata in una delle sopradeterminate forme, ma intera, senza limitazione e senza pesi. Qualunque limite per condizione termine o modo è di nessun momento, almeno fino alla somma della porzione legittima (g).

Se adunque a chi ha diritto alla porzione legittima si lasciasse tutta l' eredità per fedecommesso, egli può immediatamente pretendere la sua porzione legittima, e quando sarà il tempo, la restituzione del resto. Così ancora se è egli instituito nel testamento per la proprietà, e l'usufrutto è lasciato altrui, egli riceverà la sua porzione legittima libera di ogni peso, e l'usufrutto sarà ristretto al resto della eredità (h).

minusculam autem alii vel aliis de stirpe sua progenitis, ipsam tamen legitimam sive in hereditate vel in legato vel in fideicommisso, ut non possit locus inofficiosi testamenti querelae fieri reliquit.

(f) §. 6. Inst. h. t. (2. 18.). — L. 25. pr. h. t. (5. 2.). *Ulp.* Si non mortis causa fuerit donatum, sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur, potest dici, inofficiosi querelam cessare, si quartam in donatione habet, aut si minus habeat, quod deest, viri boni arbitratu repleatur, aut certe conferri oportere id, quod donatum est. — L. 29. 30. §. 2. L. 35. §. 2. C. h. t. (3. 28.). *Zeno.* Quoniam novella constitutio divi Leonis ante nuptias donationem a filio conferri ad similitudinem dotis, quae a filia confertur, praecepit, etiam ante nuptias donationem filio in quartam praecipimus imputari. Eodemque modo quum mater pro filia dotem vel pro filio ante nuptias donationem, vel avus paternus aut maternus vel avia paterna aut materna pro sua nepte vel pro suo nepote, vel proavus itidem vel proavia paterna aut materna pro sua pronepte vel pro suo pronepote dederit, non tantum eandem dotem vel donationem conferri, verum etiam in quartam partem, ad excludendam inofficiosi querelam, tam dotem datam quam ante nuptias donationem praefato modo volumus imputari, si ex substantia eius profecta sit, de cuius hereditate agitur.

(g) L. 32. C. eod. *Iustinian.* Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quid minus legitima portione his derelictum sit, qui ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur, hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione, moram vel modum vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio, moram vel quodcunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset.

(h) Nov. 18. c. 3. L. 32. 36. §. 1. C. h. t. *Iustinian.* Quum autem quis extraneo herede instituto filio suo eum restituere hereditatem suam, quum moriatur, disposuerit, vel in tempus certum restitutionem distulerit, quia nostra constitutio, quae antea composita est, omnem di-

3) Mezzi per tutelare la porzione legittima.

§. 256.

a) Della querela inofficiosi testamenti.

I. Se il testatore avesse mancato alle regole concernenti la porzione legittima, e coloro che ne hanno diritto fossero stati diseredati senza giusto motivo (eredi necessarii), o preteriti, ovvero se la loro porzione legittima fosse stata lesa in parte, si apre una successione contro il testamento per mezzo della *querela inofficiosi testamenti, quasi non sanae mentis fuerit testator* (a).

1) Chiunque abbia riserva di porzione legittima (§. 254), e trovasi leso in qualunque modo, può valersi della *querela inofficiosi testamenti.* Questa regola è da interpretarsi strettamente, giacchè questa querela appartiene alle azioni *quae vindictam spirant:* non si trasmette quindi attivamente agli eredi (vol. I. §. 86), eccetto quando si provi per mezzo di una qualunque dichiarazione, che colui al quale competeva, avesse l'intenzione di promuoverla (b). Giustiniano decise in favore del discendente, poter questi, senza pure aver preparata l'azione, trasmetterla attivamente al suo discendente (c).

È fondamento di questa azione la mancanza di amore e di rispetto verso i congiunti; o meglio la presunzione che il testatore nel dimenticare i parenti non fosse stato di sana mente. Onde quando siavi un giusto motivo che distrugge quella presunzione, o che dimostri il testatore non es-

lationem omnemque moram censuit esse subtrahendam, ut quarta pars pura et mox filio restituatur, in huiusmodi specie quid faciendum sit, dubitatur. Sancimus itaque, quartae quidem partis restitutionem iam nunc celebrari, non exspectata nec morte heredis nec temporis intervallo, reliquum autem, quod post legitimam portionem restat, tunc restitui, quando testator disposuit. Sic etenim filius suam habebit portionem integram et qualem leges et nostra constitutio definivit, et scriptus heres commodum, quod ei testator dereliquit, cum legitimo moderamine sentiet. — L. 8. §. 11. de inoff. test. (5. 2.).

(a) L. 2. 5. 30. h. t. (5. 2.). *Marcian.* Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. Et hoc dicitur, non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis; nam si vere foriosus esset vel demens, nullum est testamentum.

(b) L. 6. §. 2. L. 7. h. t. *Ulp.* Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querelam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam Rescriptis significatur, si post agnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis. Et si non sit petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata, vel si, quum venit ad movendam inofficiosi querelam, decessit, puto ad heredem transire.

(c) L. 34. C. h. t.

sere stato disamorato, quando, ad esempio, colui che è stato leso siasi male diportato verso il testatore in vita, egli non ha diritto alla *querela inofficiosi testamenti;* per conseguenza l'attore deve però dimostrare di non essersi diportato male contro il testatore (d).

2) La *querela inofficiosi testamenti* è rivolta non contro chiunque possiede *pro herede o pro possessore* come la *hereditatis petitio,* ma solamente contro l'erede istituito dal momento dell'adizione della eredità (e); essa si trasmette passivamente agli eredi, cosicchè può risponderne anche il fisco, quando succede invece degli eredi testamentarii (f). La querela inoltre può essere rivolta contro il fedecommessario universale dopo avvenuta la restituzione, contro colui che succede nell'eredità tolta altrui per indegnità; e finalmente può essere proposta dal figlio diseredato contro l'emancipato che trovasi in possesso dell'eredità per la *bonorum possessio contra tabulas* (g).

3) Poichè la *querela inofficiosi testamenti* deve promuoversi quando l'erede ha già adito l'eredità, bisognò stabilire un termine per l'adizione, perchè si determinasse il *dies a quo* della querela. Il termine dell'adizione fu fissato da Giustiniano a sei mesi pe' presenti ed a dodici per gli assenti; chi non delibera in questo tempo può essere costretto ad entrare nell'eredità (h).

(d) L. 3. 5. h. t. *Marcel.* Inofficiosum testamentum dicere hoc est, allegare, quare exheredari vel praeteriri non debuerit; quod plerumque accidit, quum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant, vel praetereunt.—L. 22. 30. pr. L. 31. C. h. t.—L. 10. C. de secund. nupt. (5. 9.). — Nov. 92. c. 1. §. 1.

(e) L. 8. §. 10. h. t. *Ulp.* Quoniam ante aditam hereditatem non nascitur querela.

(f) L. 10. C. h. t. *Alexand.* Si heredum Quintiniani, quem patrem tuum esse dicis, adversus quos de inofficioso testamento acturus eras, iure successionis bona ad fiscum pertinent, vel ipsius Quintiniani bona, utpote vacantia, fiscus tenet, causam apud procuratorem nostrum agere potes.

(g) L. 1. C. h. t. L. 8. pr. L. 20. de bon. poss. contr. tab. (37. 4.). *Ulp.* Non putavit Praetor exheredatione notatos et remotos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, sicuti nec iure civili testamenta parentum turbant; sane si velint inofficiosi querelam instituere, est in ipsorum arbitrio.

(h) L. 36. §. 2. C. h. t. *Iustinian.* Illud praeterea sancimus, ut tempora inofficiosi querelae ab adita hereditate secundum Ulpiani opinionem currant, Herennii Modestini sententia recusata, qui a morte testatoris illico cursum de inofficioso querelae temporibus dabat, ut non liceat heredi, quando voluerit, adire, ne per huiusmodi tramitem iterum filius defraudetur debito naturali. Sancimus itaque, ubi testator decesserit alio scripto herede, et speratur de inofficioso querela, necessitatem habere scriptum heredem, si quidem praesto est in eadem commanens provincia, intra sex mensium spatium, sin autem seorsum utraque pars in diversis provinciis degit, tunc intra annale tantummodo spatium, simili modo per continuum a morte testatoris numerandum, omnimodo adire huiusmodi hereditatem, vel manifestare suam sententiam, quod hereditatem minime admittat; expeditus etenim ita tractatus inducitur filio memoratam movere querelam; sin vero scriptus heres intra statuta tempora minime adierit, per officium quidem iudicis heredem scriptum compelli hoc facere. In medio tamen tempore, id est a morte quidem

II. Per le conseguenze bisogna guardare al seguente principio: che il querelante non può chiedere più della porzione *ab intestato* (i). Da ciò discende che se la porzione *ab intestato* del querelante non comprende tutta la eredità, non tutto si deve rescindere il testamento, ma fino alla porzione *ab intestato* del querelante (k). Finalmente se in quest'ultimo caso per errore s'invalida tutto il testamento, siegue la successione *ab intestato;* il che avviene ancora quando per errore del giudice si ammette alla querela chi non abbia diritto alla successione *ab intestato* (l). Posti questi principii, i casi della parziale rescissione di un testamento sono i seguenti:

1) Quando dei molti eredi qualcuno non sia condannato nel giudizio d'inofficiosità, ossia:

a) Quando il querelante per arbitrio non ha convenuti tutti gli eredi istituiti (m).

b) Quando la querela è prodotta dal fratello, se insieme con una persona *turpis* è istituita ancora una persona *onesta,* giacchè l'istituzione di quest'ultima rimane valida (n).

c) Quando insieme agli altri eredi un erede *ab intestato,* è istituito

testatoris sed ante aditam hereditatem, ei decesserit filius, huiusmodi quereiam, licet se non praeparaverit, ad suam posteritatem transmittet, ad extraneos vero heredes tunc tantummodo, quando antiquis libris insertam faciet praeparationem.

(i) L. 8. §. 8. L. 17. L. 19. h. t. *Paul.* Mater decedens extraneum ex dodrante heredem instituit, filiam unam ex quadrante, alteram praeteriit; haec de inofficioso egit, et obtinuit; quaero, scriptae filiae quomodo succurrendum eit? Respondi: filia praetcrita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset. Itaque dici potest, eam, quae omissa est, etiamsi totam hereditatem ab intestato petat, et obtineat, solam habituram universam successionem, quemadmodum ei altera omisisset legitimam hereditatem.

(k) L. 19. cit. *Paul.* Ceterum si quis putaverit, filia obtinente totum testamentum infirmari, dicendum est, etiam institutam ab intestato posse adire hereditatem; nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi deferri, quum et hi, qui sciant, ius suum, eligentes id, quod putant sibi competere, non amittant. Quod evenit in patrono, qui iudicium defuncti falsa opinione motus amplexus est; is enim non videtur bonorum possessionem contra tabulas repudiasse. Ex quibus apparet, non recte totam hereditatem praeteritam vindicare, quum rescisso testamento etiam institutae salvum ius sit adeundae hereditati.

(l) L. 19. cit. h. t. *Paul.* Sed non est admittendum, ut adversus sororem audiatur agendo de inofficioso. Praeterea dicendum est, non esse similem omittenti eam, quae ex testamento adiit; et ideo ab extraneo semissem vindicandum, et defendendum, totum semissem esse auferendum, quasi semis totus ad hanc pertineat. Secundum quod non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet, quasi furiosae indiciom ultimum eius damnetur.

(m) Ved. L. 25. §. 1. h. t. *Ulp.* Si quis, quum non possit de inofficioso queri, ed quereiam admissus pro parte rescindere testamentum tentet, et unum sibi heredem eligat, contra quem inofficiosi querelam instituat, dicendum est, quia testamentum pro parte valet, et praecedentes eum personae exclusae sunt, cum effectu eum querelam instituisse.

(n) L. 24. h. t. L. 27. C. h. t.

giusto nella sua porzione legittima. Se egli fosse istituito in meno, l'istituzione resta anche valida e l'erede avrà solamente diritto di ripetere il resto; e se fosse istituito in più, la querela si limiterebbe a questo supero (o).

d) Quando il querelante propone l'azione contro gl'istituiti, e non rimane vittorioso verso tutti (p).

e) Quando la porzione del querelante non comprende tutta l'eredità, ossia quando sono istituiti anche altri che abbiano diritto a porzione *ab intestato*, quantunque non avessero nel medesimo tempo riserva di porzione legittima; come i fratelli uterini, e i nipoti figli di fratelli tanto bilaterali che unilaterali.

f) Finalmente quando di più querelanti l'uno intenda il giudizio e ottenga, e non l'altro (q).

Nel caso poi che tutto il testamento fosse rescisso dalla *querela inoff. test.*, l'eredità vale come non acquistata, eccetto pochi casi (r).

III. Si è già stabilito come per mezzo della querela non sempre viene invalidato l'intero testamento, ma rimane agli eredi testamentarii la porzione di quegli eredi *ab intestato* i quali o concorrono col querelante, o per assoluto non hanno diritto a porzione legittima, ovvero la trovano nell'istituzione, oppure non è loro concessa per una qualunque contingenza (p. e. per cattivi diportamenti verso il testatore). In questo modo si stabilisce il diritto di accrescimento che segue la querela: il quale ha luogo quando vi sono possibilità legali di successione *ab intestato;* e quindi ne devono essere attivamente e passivamente esclusi quegli eredi *ab intestato*, in cui favore il testatore abbia disposto con validità, perchè per essi non deriva successione *ab intestato*. Da questo principio nascono le seguenti conseguenze:

(o) L. 19. b. t. — Ved. not. (k) (l).

(p) L. 15. §. 2. L. 24. b. t. *Ulp.* Circa inofficiosi quereiam evenire plerumque assolet, ut in una atque eadcm causa diversae sententiae proferantur; quid enim, si fratre agente heredes scripti diversi iuris fuerunt? Quodsi fucrit, pro parte testatus, pro parte intestatus dccessisse videbitur. — L. 13. C. b. t.

(q) L. 16. pr. b. t. *Papin.* Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit et obtinuit, filia, quae non egit aut non obtinuit, in hereditate legitima fratri non concurrit. — L. 29. pr. de exc. rei iud. (44. 2.).

(r) L. 8. §. 16. *Ulp.* Si ex causa de inofficioso cognoverit iudcx, et pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est, et suus heres erit, secundum quem iudicatum est, et bonorum possessor, si hoc se contendit; et libertates ipso iure non valent, nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo, qui solvit, aut ab eo, qui obtinuit; et haec utili actione repetuntur. Fere autem, si ante controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit, repetit; et ita Divus Hadrianus et Divus Pius rescripserunt. — L. 13. 26. 28. h. t. — L. 22. C. h. t. — 36. de leg. (32). — Confr. L. 17. §. 1. L. 18. h. t. — L. 5. §. 1. 2. L. 14. pr. §. 1. de appell. (49. 1.). — L. 31. pr. de vulg. et pup. subst. (28. 6.). — L. 76. pr. de leg. (31.). — L. 29. pr. de exc. rei iud. (44. 2.).

1) Vengono solamente in accrescimento delle altre porzioni quelle di coloro che per rinuncia, prescrizione, o morte han perduto il diritto alla querela (s).

2) Colui ha diritto di accrescimento, che in astratto, o in concreto ha diritto alla *querela inofficiosi testamenti.*

3) Finalmente quando per errore l'intero testamento è rescisso, poichè ne segue una vera successione *ab intestato*, il diritto di accrescimento deve conformarsi alle regole di questa successione.

IV. Il diritto di produrre la *querela inofficiosi testamenti* si perde:

1) Per morte; nè si trasmette attivamente agli eredi se non quando fosse stata preparata dal defunto, ossia quando per apposita dichiarazione si prova l'intenzione ch'ebbe in vita il defunto di proporne l'azione.

2) Per rinuncia, la quale non è valida se fatta mentre vive il testatore (t). Questa rinuncia può essere tacita; come quando l'erede compia tali atti che dimostrano di riconoscere il testamento; per esempio, l'accettazione dei legati (u).

3) Per prescrizione, cioè pel trascorso di cinque anni (v). La prescrizione comincia dal momento che l'erede entra nell'eredità.

4) Finalmente per l'esistenza di un'altra azione a favore dell'erede, mercè cui possa egli conseguire lo stesso scopo: perlocchè la querela si chiarisce di natura sussidiaria (x).

(s) L. 17. pr. L. 23. §. 2. L. 3. h. t. (5. 2.). — *Paul.* Si duo sint filii exheredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et nnus postea constitnit non agere, pars eius alteri accrescit. Idemqne erit, etsi tempore excinsns sit.

(t) L. 35. §. 1. C. h. t. (3. 28.). *Iustin.* Iliud etiam sancimns, nt, si quis a patre certas res vel pecnnias accepisset, et pactus fuisset, quatenus de inofficioso querela adversus testamentnm paternum minime ab eo moveretnr, et post obitum patris filius, cognito paterno testamento, non agnoverit eius iudicium, sed oppngnandum pntaverit, vetere iurgio exploso huiusmodi pacto filium minime gravari, secundum Papiniani responsum, in quo definivit, meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos. Sed hoc ita admittimus, nisi transactiones ad heredes paternos filius celebraverit, in quibns apertissime iudicium patris agnoverit.

(u) L. 5. pr. de his quae nt ind. (34. 9.). — L. 8. §. 10. L. 12. §. 1. h. t. (5. 2.). *Modest.* Si a statn libero exheredatns pecuniam petere coeperit, videri agnovisse parentis iudicinm etc. — *Mühlenbruch*, comm. XXXV. 441. — *Franke*, pag. 320.

(v) L. 8. §. 17. L. 9. h. t. — *Ulp.* Plane si post qninquenninm inofficiosnm dici coeptum est ex magna et iusta cansa, libertates non esse revocandas, quae competiernnt, vel praestitae sunt, sed viginti anreos a singulis praestandos victori. — L. 16. 34. fin. L. 36. §. 2. C. h. t.

(x) §. 2. Inst. h. t. L. 4. C. de praet. lib. (6. 28.). — L. 8. §. 15. h. t. — *Ulp.* Si qnis impubes arrogatus sit ex his personis, quae et citra adoptionem et emancipationem qneri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a qnerela, quum habet qnartam ex Constitutione divi Pii.

§. 257.

b) Della querela inofficiosae dotis s. donationis.

T. C. de inofficiosis donationibus (8. 29.);—de inofficiosis dotibus (3. 30.).—*Hille*, de immodicar. donationnm qnerela, Marb. 1828.

La porzione legittima può essere menomata anche per mezzo di atti di liberalità tra vivi; in questo caso le costituzioni imperiali in analogia della *querela inofficiosi testamenti* introdussero la *querela inofficiosae donationis s. dotis*.

I. Affinchè si desse luogo a querela contro le donazioni è mestieri :

1) Che la donazione sia tra vivi, poichè la donazione *mortis causa* è da riguardarsi come un legato, e va soggetta ai principii della quarta Falcidia (a).

2) Che la donazione sia *immodica*, ossia deve nell' atto stesso offendere la legittima; sicchè una posteriore diminuzione di patrimonio non le nuoce; al contrario di un posteriore aumento, il quale per la natura delle cose toglie la qualità d' immodica alla donazione in origine inofficiosa. Di molte donazioni per mezzo della querela non s' impugnano tutte, ma solo quelle che ledono la porzione legittima (b).

3) Han diritto di proporre la *querela inofficiosae donationis* quelli che ponno querelarsi d'inofficioso testamento, ossia chi ha diritto alla porzione legittima, perfettamente nello stesso ordine e con le medesime limitazioni; onde n' è escluso chi si diportò male contro il testatore; ed il fratello non può proporla, se non quando il donatario è *persona turpis*. L'azione è diretta contro il donatario ed i suoi eredi.

4) Essendo la querela *inofficiosae donationis* immagine della *inoff. test.*, è similmente regolata: dura per cinque anni dalla morte del donante, ed in generale cessa per i medesimi motivi dell'altra (c).

(a) L. 17. de mort. caus. donat. (39. 6.). — L. 5. C. ad leg. Falc. (7. 50.). — L. 2. C. de mort. caus. donat. (8. 57.).

(b) L. 1. 5. 6. 8. C. h. t. — *Philip.* Si, ut allegatis, mater vestra ad eludendam inofficiosi querelam paene universas facultates suas, dum ageret in rebus humanis, factis donationibus sive in quosdam liberos sive in extraneos, exhausit, ac postea vos ex duabus unciis fecit heredes, easque legatis et fideicommissis exinanire gestivit, non iniuria iuxta formam de inofficioso testamento constitutorum subveniri vobis, utpote quartam partem non habentibus, desideratis. — Nov. 92.

(c) L. 6. 9. C. h. t. — *Constant.* Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnis querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta, et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda, vel idem et temporibus et moribus.

Questa querela non rescinde però tutta la donazione, ma fino al compimento della porzione legittima (d).

II. Se la porzione legittima fu violata con la costituzione di una dote, questa potrà impugnarsi con la *querela inofficiosae dotis,* retta dai medesimi principii e capace delle stesse conseguenze che le precedenti, e diretta contro il marito, o contro colei a cui è stata restituita la dote dopo lo scioglimento del matrimonio (e).

§. 258.

c) Actio ad supplendam legitimam.

Quando chi ne ha diritto, pur istituito erede, non raggiunge intera la porzione legittima, ha un'azione personale contro i coeredi per supplire alla mancanza della sua porzione (a); ed ancora contro gli altri eredi necessarii sul dippiù della loro porzione legittima. Quest'azione si trasmette agli eredi, nè cessa col riconoscimento del testamento; va perduta solamente per l'espressa rinuncia a ciò che alla porzione legittima manca (b).

Si estingue per la prescrizione di 30 anni: e può farsi valere contro i coeredi anche nel giudizio di divisione.

(d) L. 2. 5. 8. C. h. t. *Valerion.* et *Gulien.* Si liqueat, matrem tuam intervertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium suum donationibus in unum filium collatis exhausisse, quum adversus eorum cogitationes, qui consiliis supremum iudicium anticipare contendunt et actiones filiorum exhauriunt, aditum querelae ratio deposcat, quod donatum est, pro ratione quartae ad instar inofficiosi testamenti convicti diminuetur.

(e) L. un. C. de inoff. dot. (3. 30.). *Constan.* Quum omnia bona a matre tua in dotem dicantur exhausta, concordare legibus promtum est, ut ad exemplum inofficiosi testamenti adversus dotem immodicam exercendae actionis copia tribuatur, et filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur.

(a) §. 3. de inoff. test. (2. 18.). — L. 30. pr. 36. pr. C. h. t. (3. 28.). *Iustin.* Et generaliter definimus, quando pater minus legitima portione filio reliquerit, vel aliquid dederit vel mortis causa donatione vel inter vivos sub ea conditione, ut haec inter vivos donatio in quartam ei computetur, si filius post obitum patris hoc, quod relictum vel donatum est, simpliciter agnoverit, forte et securitatem heredibus fecerit, quod ei relictum est accepisse, non adiiciens, nullam sibi superesse de repletione quaestionem, nullum sibi filium facere praeiudicium, sed legitimam partem repleri, nisi hoc specialiter sive in apocha sive in transactione scripserit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta vel data parte de eo, quod deest, nullam habeat quaestionem; tunc etenim omni exclusa querela paternum amplecti compelletur iudicium.

(b) L. 34. 35. §. 2. C. eod.

II. Successione necessaria dopo la Nov. 115.

§. 259.

A. Subbietti e contenuto dell' obbligo secondo la Novella 115.

Gravi alterazioni vennero per mezzo della Nov. 115 al diritto di successione necessaria. Secondo questa novella costituzione gli ascendenti non possono diseredare i loro discendenti, nè questi quelli, se non pei soli motivi determinati dalle leggi; come ancora non è sufficiente una donazione, un legato per dare la porzione legittima; ma gli ascendenti debbono assolutamente istituire eredi i loro discendenti e questi quelli, eccetto i casi tassativamente determinati nelle leggi. L'istituzione dell'erede, tacendone la Nov., deve farsi secondo le regole generali già fissate (§ 252).

Sulla diseredazione è da osservare:

I. Gli ascendenti possono escludere dalla successione i discendenti per quattordici motivi, dei quali alcuni riguardano i figliuoli o i nipoti, altri le figlie e le nipoti, ed altri entrambi.

Essi sono i seguenti:

1) le ingiurie reali di fatto;

2) le ingiurie verbali ed indecenti;

3) se il figlio accusò l'ascendente per causa criminale, eccetto il caso di alto tradimento contro il principe e lo Stato. Questo motivo si limita solamente ai figli o nipoti, poichè presso i Romani le donne non potevano farsi accusatrici di tali azioni neppure per mezzo di procuratore;

4) se il figlio ebbe relazioni con venefici e stregoni;

5) se i figli insidiarono alla vita de'genitori;

6) se il figlio ebbe illecito commercio con la madrigna o la concubina del padre;

7) se il figlio si fece delatore dei genitori, apportando loro di gravi danni;

8) se il figlio, pregato dall'ascendente in carcere per debiti, ricusò di prestargli cauzione;

9) se i figliuoli impedirono i genitori di fare il testamento, o di cambiare il già fatto;

10) se il figliuolo contro la volontà de'genitori entrò nella compagnia de'lottatori o de'mimi, eccetto quando i genitori vi appartenevano essi stessi;

11) se la figlia minore condusse una vita impudica con tutto che i

genitori avevano intenzione di maritarla, dandole una dote; o s'ella si maritò contro la volontà de' genitori. Ma se ella è sopra l'età di venticinque anni, una tale diseredazione allora può aver luogo quando ebbe occasione di maritarsi e la trascurò;

12) se i figli trascurarono i genitori dementi;

13) se i figliuoli già giunti a diciott'anni non liberano l'ascendente;

14) se i discendenti di genitori ortodossi abiurarono la vera fede (a).

II. I discendenti possono escludere dalla successione i proprii ascendenti per otto motivi; cioè:

1) se i genitori diedero in mano alla giustizia il figliuolo condannato alla pena capitale, eccetto il caso di alto tradimento;

2) quando insidiarono alla vita de'loro figliuoli;

3) quando il padre ebbe commercio illecito con la moglie del figlio;

4) se i genitori si opposero che il figliuolo facesse testamento;

5) se il padre tese insidie alla vita della madre e per converso;

6) se i genitori non vollero accettare in casa il figlio mentecatto;

7) quando non liberarono il figliuolo caduto in prigionia;

8) finalmente quando essi abbandonarono la vera fede (b).

Questi motivi sono di stretta interpretazione e per conseguenza la madre non potrà diseredare il figlio p. e. per ingiuria di questo contro il padre, o per converso. Fatta la riconciliazione, ossia se il padre ha perdonato il figlio per una offesa reale, non potrà ricorrere allo stesso motivo per diseredarlo, poichè il motivo di diseredazione dev'essere esistente al momento della compilazione del testamento; ma una riconciliazione avvenuta dopo non annulla la diseredazione, bisognerebbe altrimenti supporre che per una riconciliazione si annulli il testamento, il che è assurdo. Finalmente la verità del motivo di diseredazione dev' essere provata (c).

§. 260.

B. Dei mezzi di tutela nascenti dalla Nov. 115.

Quando si è mancato alle disposizioni della Nov. 115, si annullano tutte le istituzioni degli eredi, ma restano le istituzioni accessorie, come i legati, manomissioni testamentarie, e tutele.

L'azione per abbattere il testamento è una *querela nullitatis*, come è chiamata dai giuristi, *ex iure novo*, sicchè questo mezzo si rappresenta come una *hereditatis petitio ab intestato*.

(a) Nov. 115. C. 3.
(b) Nov. 115 C. 4.
(c) Nov. 115. C. 3. 4. §. 8.

Questo mezzo è applicato esclusivamente, o secondo i casi si possono produrre anche quelli del diritto anteriore alla Nov. 115. in questa relazione:

1) Se il testatore lascia agnati discendenti *(sui, emancipati)*; bisogna distinguere se sono osservate le forme dell'antico diritto, ossia se sono istituiti o debitamente diseredati; se non, ed esiste un *suus*, si adopera l'azione di nullità secondo l'antico diritto; se un emancipato, la *bonorum possessio contra tabulas*, per la ragione che la Nov. 115 non mutò il diritto antico quanto alla debita diseredazione.

Se le forme del diritto antico sono osservate, fa mestieri inoltre guardare se vi è istituzione o diseredazione; nel primo caso non si può impugnare il testamento, al più si può adoperare l'*actio ad supplendam legitimam*, se la legittima non è intera; se al contrario vi è diseredazione, bisogna osservare se è per alcun motivo legale secondo la Nov. 115; e se questo manca è ammessa l'azione di nullità *(remedium ex Nov. 115.)*. Allora solamente può essere ammessa la *querela inofficiosi testamenti*, quando vi sia l'istituzione ma senza contenuto, come quando l'eredità sia esaurita per mezzo di altre istituzioni, e l'erede necessario è istituito pel rimanente.

2) Se il testatore lascia solamente cognati discendenti o ascendenti, non si può far parola de'mezzi di tutela del diritto antico, ed è applicabile l'azione della Nov. 115; o si potrà ammettere solamente l'*actio suppletoria*, quando vi sia un'istituzione in meno della porzione legittima.

3) Se il testatore lascia solamente fratelli e sorelle, non la Nov. 115, ma le azioni del diritto anteriore ad essa sono applicabili; così se il fratello ebbe di meno della porzione legittima, ha l'*actio suppletoria;* se non ebbe nulla, la *querela inofficiosi testamenti*, seguendo le regole innanzi esposte.

ANNOTAZIONE

Sull'azione nascente dalla Nov. 115 i giureconsulti non sono punto di accordo. Nelle scuole si distinguono tre sistemi:

1) Il così detto sistema di nullità, per cui coloro che hanno diritto all'istituzione di erede secondo la Novella, possono servirsi della querela di nullità, ossia di una *hered. petitio ab intestato*. Quest'opinione stabilita prima da *Martino* (a), fu poscia generalmente rifiutata; ma negli ultimi tempi accettata di nuovo così da potersi dire una comune opinione (b).

(a) Glos. ad Nov. 115. C. 3.

(b) *Ganz*, a Gai. §. 295., diritto di succ. II. pag. 139. — *Bluntschli*, §. 26. 27.— *France*, pag. 367. — *Mühlenbruch*, comm. XXXVII. 245. — *Thibaut*, sist. §. 970. — *Schweppe*, comp. §. 908. — *Wening*. §. 498. — *Hunger*, dr. di succ. pag. 224. not. 1. — *Vangerow*, §. 485.

2) Il sistema d'inofficiosità, per cui il mezzo giuridico nascente dalla Novella si rappresenta come una *querela inofficiosi testamenti* con le conseguenze di essa. Quest'opinione è attribuita a *Bulgaro* da *Azone*, ed a questa si attenne la scuola francese, *Donello*, *Cuiacio*, *Duareno* ecc.; ed essa trova propugnatori anche ai nostri giorni (c).

3) Finalmente vi è un sistema misto, per cui bassi a distinguere, se non vi è motivo legale di diseredazione, essendosi mancato contro la forma del testamento, è ammessa la *querela nullitatis;* ovechè, se vi è legale motivo, ma l'erede ne contraddice la verità, è ammessa la *querela inofficiosi testamenti*. Questa è l'opinione di *Giovanni*, accettata nella glossa di *Accursio*, ed oggi anche da molti (d).

Il sistema d'inofficiosità si oppone alle sanzioni speciali della Nov. 115. Imperocchè quivi è detto, che quando si manca alle sue prescrizioni, ogni istituzione di erede è annullata, e tutti concorrono all'eredità *ab intestato* per eguali proporzioni. Ora se è stabilito per la querela d'inofficiosità non potersi chiedere che la sola porzione *ab intestato*, da ciò segue naturalmente che non solo le istituzioni degli eredi possono rimanere in parte, ma che gli eredi *ab intestato* debbono dividere alcune volte inegualmente; se ad esempio un figlio avesse istituito suo padre per $^1/_4$ del suo patrimonio, ed avesse dimenticato la madre, poi istituito un estraneo per $^3/_4$ del suo patrimonio, se la madre dovesse servirsi della querela *inofficiosi testamenti*, secondo i principii stabiliti, domanderebbe dall'estraneo $^1/_2$, ed il padre e l'estraneo rimarrebbero con $^1/_4$: come tutto ciò potrà essere compatibile con le sanzioni della Nov. 115? « Si autem haec observata non fuerint, nullum exheredatis liberis praeiu- « dicium generari, sed quantum ad institutionem heredum pertinet, *testamento eva-* « *cuato*, ad parentum hereditatem liberos ab intestato *ex aequa parte* pervenire ».

Oltre a ciò coloro che propugnano il sistema d'inofficiosità credono che la Nov. 115 non abbia altro scopo che di fissare i motivi di diseredazione, e che questa disposizione riguardi la porzione legittima.

Al contrario la porzione legittima in questa Novella non viene in esame: molto più essa ha lo scopo di stabilire che i discendenti e gli ascendenti devono essere assolutamente istituiti, ossia hanno diritto al nome di erede; i casi di diseredazione nella Novella sono eccezioni a questo principio; ed in fatti quanto ai fratelli e sorelle che hanno diritto, non alla istituzione, ma alla porzione legittima, la novella non ha provveduto. Tenendosi fermo questo principio, ne segue necessariamente che una mancanza nell'istituzione dei discendenti, o degli ascendenti è una mancanza di forma, e perciò vi è nullità, non rescissione del testamento (e).

Il sistema misto potrebbe essere ammesso solamente nel diritto anteriore alla Novella, secondo cui per mancanza di forma eravi nullità; per contenuto, inofficiosità; ma nel novissimo diritto è anch'esso inammissibile; perchè Giustiniano non fa differenza, e bisogna che vi siano le medesime conseguenze tanto se il motivo non esiste, quanto se non è vero, poichè in sè stessa considerata la cosa un motivo

(c) Ved. *Hofacker*, hist. iur. civil. de exher. et praet. §. 26. — *Koch*, bon. poss. §. 8. — *Valett*, succ. necess. §. 36. — *Unterholzner*, prescr. II. §. 170. — *Malblanc*, princ. iur. rom. III. §. 697. — *Mackeldey*, §. 660. — *Haimberger*. §. 384.

(d) Ved. *Faber*, err. dec. 14. err. 7. — *Schilter*, prax. iur. rom. exerc. 14. §. 46. — *Berger*, secon. iur. II. 4. th. 14. e *Madhin*, del success. §. 141. — *Haubold*, de diff. inter. test. null. et inoff. Lips. 1784. — *Konopack*, istit. §. 374. — *Puchta*, Pand. §. 493.

(e) Nov. 115. c. 3. §. 13.

non vero non si può dire giuridicamente esistente; onde essendosi mancato anche nella forma, la nullità delle istituzioni. Contro questo principio non valgono le ragioni del *Puchta*, il quale afferma non doversi conchiudere all'insussistenza del sistema misto perchè Giustiniano non ha fatta distinzione alcuna: questo legislatore ne avrebbe esposto solamente le conseguenze, e ricavare i principii dal contesto della sua legislazione è ufficio della giureprudenza. Questo ragionamento potrebbe valere, a parte le altre ragioni, quando le conseguenze della *querela nullitatis*, e quelle della *inofficiositatis* sieno le medesime; ma poichè questo non è il caso, almeno le più volte, il sistema misto non è da accettare.

§. 261.

III. Diritto alla successione necessaria per altre persone.

I. Il coniuge povero senza dote o donazione per nozze aveva diritto alla successione di un 1|4 sul patrimonio dell'altro coniuge. Questo principio fu mutato dalla Nov. 117 in quanto che questo diritto fu concesso alla sola donna povera; se poi vi sono più di tre figli del marito, ella ha diritto ad una porzione virile.

In caso adunque che si sciolga il matrimonio per morte, la vedova povera e non dotata ha non solo diritto *ab intestato* sulla quarta parte del patrimonio del defunto marito, ma ancora diritto che questa porzione legittima non venga lesa; onde se il marito per istituzione o in qualunque modo le lascia meno della porzione a lei dovuta, può ella chiedere quel che manca (a).

Ma essa non ha nè diritto di essere istituita erede, nè di proporre la *querela inofficiosi testamenti*, sicchè qualunque legato, donazione tra vivi o *mort is causa* deve essere imputata nella porzione che le spetta.

La quantità di questa porzione è determinata per un quarto o per una porzione virile se il marito è morto lasciando più di tre figli procreati tan-

(a) Nov. 117. c. 5. 53. c. 6. pr. Quoniam vero ad humanitatem tota nostra lex accommodata est, quosdam autem mulieribus sine dote matrimonio iungi, deinde eos mori videmus, et liberos ex lege ad paternam hereditatem vocari, uxores vero, etsi vel maxime legitimae coniugia locum obtinuerint, tamen, quia nec dos nec donatio propter nuptias facta sit, nihil capere posse, sed in extrema necessitate vivere, propterea sancimus, ut et his in successione defuncti prospiciatur, atque eiusmodi uxor cum liberis vocetur. Et quemadmodum legem scripsimus, quae vult, ut, si vir uxorem, quae sine dote est, dimiserit, quartam ea parte substantiae eius accipiat, ita etiam hic, siquidem fortasse plures vel pauciores sint liberi, mulier quartam substantiae partem accipiat, sive plures sive pauciores sint liberi. Si tamen maritus legatum aliquod illi relinquat, quod minus sit quarta parte, id expleatur, ut, sicuti illis laesis opem tulimus, quando a maritis dimittuntur, quae sint indotatae, ita eadem providentia, si semper apud eos maneant, fruantur, omniaque ad imitationem illius constitutionis nostrae, quae quartam illis determinat, aequaliter tam in viris quam in mulieribus etiam hic obtineant. Hanc enim legem, quemadmodum et priorem, communem illis ferimus.

to in questo quanto in antecedente matrimonio; molti nipoti di un solo figlio o di una figlia, secondo le regole generali pei discendenti, debbono anche in questo caso valere per un solo. L'assottigliamento della porzione alla vedova non ha luogo quando essa concorre con altri eredi *ab intestato* che non i figliuoli; poichè qualunque fosse il numero degli altri eredi, essa avrà sempre diritto alla quarta parte de'beni del defunto marito.

II. A colui che è arrogato come impubere fu data da Antonino Pio il diritto alla quarta parte del patrimonio dell'arrogatore, ove per emancipazione o per atto di ultima volontà venga escluso dalla successione, o sia istituito in meno che la porzione legittima (b).

Qualora si fosse compita un'alienazione a detrimento della sua *quarta*, egli può convenire colui che acquistò i beni, in quanto ancora sono presso lui, pel complemento della sua porzione o per tutta la *quarta* con l'azione *quasi Faviana* o *quasi Calvisiana*, secondochè l'arrogatore morì con testamento o senza (c).

Quando l'arrogato al tempo della morte del testatore trovasi ancora sotto la sua patria potestà, ovvero da emancipato appartiene alla sua successione *ab intestato* quale discendente, egli potrà, se ciò gli sarà più utile, far valere il suo diritto di erede *ab intestato;* ma non entrambi questi diritti cumulativamente.

(b) §. 3. Inst. de adopt. (1. 11.). — L. 22. de adopt. (1. 7.). — L. 2. C. eod. (8. 48.). — *Diocletian.* et *Maximian.* Impuberem, quem ad vicem naturalis sobolis arrogare desideras, si hi, qui sanguinis necessitudine iunguntur, id ei expedire apud praesidem provinciae confirmaverint, filium habebis, ita ut bonorum tuorum quarta pars tam in postremo iudicio tuo, quam si a te emancipatus fuerit, ei praebeatur, et super patrimonio eius idoneis fideiussoribus datis servo publico cavestur, ne sub copulandae adoptionis obtentu in facultates eius, quae ei diligenti provisione servandae sunt, irruas. Arrogatio etenim ex indulgentia principali facta perinde valet apud praetorem vel praesidem intimata, ac si per populum iure antiquo facta esset.

(c) L. 13. si quid in fraud. patr. (38. 5.). *Paul.* Constitutione Divi Pii cavetur de impubere adoptando, ut ex bonis, quae mortis tempore illius, qui adoptavit, fuerunt, pars quarta ad eum pertineat, qui adoptatus est; sed et bona ei, quae acquisiit patri, restitui iussit; si causa cognita emancipatus fuerit, quartam perdit. Si quid itaque in fraudem eius alienatum fuerit, quasi per Calvisianam vel Favianam actionem revocandum est.

CAPITOLO III.

DELL'ACQUISTO DELLA EREDITÀ.

I. Requisiti per l'acquisto della eredità.
A. Dell'adizione.

§. 262.

1) Idoneità per l'adizione dell'eredità.

L'acquisto dell'eredità secondo le regole generali è rimesso alla volontà di colui che vi è chiamato; gli eredi in generale sono *voluntarii heredes*. La dichiarazione della volontà di essere erede dicesi adizione dell'eredità, la quale per essere valida suppone, oltre la delazione dell'eredità, i seguenti requisiti:

1) Prima di ogni altro la certezza dello stato della successione in colui che vi è chiamato; e però l'atto di adizione è senza effetto, ove l'erede sia in dubbio se il testatore è morto o è ancora in vita (a); se è morto da padre o da figlio di famiglia; se il testamento è vero o no; se il postumo preveduto è nato o no (b). Ove fossegli dubbio se il testatore è morto in prigionia del nemico ovvero da cittadino romano, questo dubbio per la *fictio legis Corneliae* non nuoce all'adizione. Fa d'uopo per altro che l'erede in massima sia certo dello stato dell'antecessore, non egualmente del proprio (c): così bisogna che sappia certamente in qual ordine di successione è chiamato, se per testamento, o *ab intestato;* se poi sa per testa-

(a) L. 19. 32. de aqnir. vel omitt. bered. (29. 2.). *Paul.* Qni bereditatem adire, vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defnnctum esse testatorem. — Ved. *Scip. Gentilis*, de scientia heredum, in opp. tom. I. pag. 65.

(b) L. 1. §. 1. ad SC. Tertnll. (38. 17.). — L. 32. §. 2. L. 34. b. t. (29. 2.). *Ulp.* Sed et si de sua conditione qnis dubitet, an filinsfamilias sit, posse enm acqnirere bereditatem, ism dictum est. Cur autem, si snam ignoret conditionem, adire potest, si testatoris, non potest? Illa ratio est, quod qni conditionem testatoris ignorat, an valeat testamentum, dubitat, qni de sua, de testamento certns est. Sed et si, qunm esset pnre institntus, putavit sub conditione, et impleta conditione, quam iniectam putavit, adiit, an possit acquirere bereditatem? Consequens est dicere, posse eum adire, maxime qunm baec suspicio nihil ei obfuerit, nec pericnlnm attulerit. Facilius quis admittet, si qnis pnre institutns putavit se sub conditione institutum, conditionemqne impletam, quam in eventum pntabat; nam in nnllo baec suspicio obfuit.

(c) L. 33. 34. de acq. vel omitt. bered. (29. 2.). *Paul.* Quodsi dubitet, apud hostes decessit, an civis Romanus, qnoniam ntroque casn est ius adenndi, et in re est, ut possit adire, dicendnm est, posse adire. — Ved. not. preced.

mento non gli nuoce l'essere incerto della porzione, o del modo in cui è istituito se sotto condizione, o puramente e semplicemente (d).

2) Fa d'uopo inoltre che colui che adisce l'eredità sia capace d'obbligarsi, onde all'infante non è dato di compiere quest'atto; per l'impubere non è valido senza il consenso del tutore (e).

Se l'erede è ancora sotto la patria potestà, nel diritto antico acquistava per il padre, ed aveva bisogno dell'assenso di lui; dopo lo svolgimento dell'istituto del peculio ha bisogno dell'assenso paterno, ma i beni diventano avventizii; ovechè se il figlio rinuncia all'eredità il padre può acquistare per sè stesso (f).

II. La volontà nel manifestarsi può essere espressa o tacita; l'espressa può essere verbale o iscritta; la tacita si dichiara per mezzo di atti, i quali non potrebbero esser interpretati se non supponendo, che colui che li opera, si reputa erede *(pro herede gestio)* (g).

Non è richiesta alcuna forma speciale di dichiarazione, purchè non stesse a condizione della istituzione di erede.

L'eredità non si acquista per procuratori (h); eccetto le persone giuridiche che acquistano per mezzo dei loro amministratori, gl'impuberi che acquistano per mezzo del tutore, ed il figlio che trovasi sottoposto alla patria potestà che acquista per mezzo del padre (i).

(d) L. 22. 32. §. 1. eod. — conf. L. 34. §. 1. eod. — Ved. not. (b).

(e) L. 8. 9. 49. de acquir. vel omitt. her. (29. 2.). *Ulp.* More nostrae civitatis neque pupillus, neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt; hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est. De ea autem hereditate loquimur, in qua non succedunt huiusmodi personae quasi necessariae. Impubes, qui in alterius potestate est, si iussu eius adierit hereditatem, licet consilii capax non fuerit, ei acquirit hereditatem. — L. 5. 18. §. 4. C. de iure delib. (6. 30.). — L. 9. §. 3. de auct. tut. (26. 8.). — L. 26. C. de admin. et per. (5. 37.).

(f) L. 8. pr. §. 1-3. C. de bon. quae lib. (6. 61.). — L. 18. pr. §. 1. 4. C. de iur. delib. (6. 30.). — L. 6. pr. §. 1-3. L. 13. §. 3. L. 14. 25. §. 4. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). *Ulp.* Qui in aliena est potestate, non potest invitum hereditati obligare eum, in cuius est potestate, ne aeri alieno pater obligaretur. Sed in bonorum possessione placuit, ratam haberi posse eam, quam citra voluntatem agnovit is, qui potestati subiectus est. Sed et si legitima hereditas matris filio delata sit ex Senatusconsulto Orphitiano, idem erit probandum. Sed et si non adierit filius, diu tamen possedit pater hereditatem, credendus est, admisisse hereditatem, ut Divus Pius et Imperator noster rescripserunt.

(g) §. 7. Inst. de hered. qual. (2. 19.). — L. 20. 21. pr. §. 1. 2. L. 24. 69. 86. §. 2. L. 87. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). *Ulp.* Pro herede gerere videtur is, quid aliquid facit quasi heres. Et generaliter Iulianus scribit, eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit, pro herede autem gerere, non tam esse facti, quam animi; nam hoc animo esse debet, ut velit esse heres. Ceterum si quis pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio iure dominus, apparet non videri pro herede gessisse. — L. 19. 12. 22. §. 4. C. de iur. del. (6. 30.).

(h) L. 90. pr. de acqu. vel omitt. her. (29. 2.). *Paul.* Per curatorem hereditatem acquiri non posse.

(i) L. 3. §. 4. L. 7. §. 1. L. 8. 11. de bon. poss. (37. 1.). — L. 18. §. 2. 4. C. de iur. delib. (6. 30.). — L. 11. de auct. tut. (26. 8.). — L. 3. 7. C. qui adm. ad bon. poss. (6. 9.).

§. 263.

2) Tempo per l'adizione della eredità.

Per l'adizione della eredità secondo il diritto civile non è stabilito nessun termine legale (a). Solamente n'è fissato il tempo:

1) Quando l'adizione in un dato termine è posta come condizione nell'istituzione di erede (b).

2) Quando siensi creditori dell'eredità o legatarii, questi possono chiedere che coloro che vi sono chiamati decidano di accettare o ripudiare (c). Allora è dato agli eredi un termine per risolvere, uno *spatium deliberandi*, il quale non può essere più lungo di 9 mesi, e dall'Imperatore medesimo non può essere esteso oltre un anno (d).

Durante questo tempo, l'erede può informarsi dello stato dell'eredità ed avere il diritto ad una provvisoria amministrazione, ovvero come figlio tirarne gli alimenti, quantunque vi sia un curatore (e). Dopo questo termine, se non ha espressamente rinunciato, si reputa come avesse già accettato, e perde il beneficio della legge Falcidia; se al contrario egli ripudia l'eredità senza averne fatto un legale e minuto inventario, è permesso

(a) Ved. *Vangerow*, Arch. di prat. civ. XXII. 7.

(b) L. 72. de acq. vel omitt. heredit. (29. 2.). *Paul.* Si quis heres ita scriptus fuerit, ut intra certum tempus adeat hereditatem, et si non ita adierit, alius ei substituatur, prior autem heres, antequam adiret, decesserit, nemo dubitat, quin substitutus ultimum diem aditionis exspectare non soleat.

(c) L. 5. 6. de int. in iure (11. 1.). *Gai.* Qui interrogatur, an heres, vel quota ex parte sit, vel an in potestate habeat eum, cuius nomine noxali iudicio agitur, ad deliberandum tempus impetrare debet, quia, si perperam confessus fuerit, incommodo afficitur.

(d) L. 22. §. 13. de C. iure del. (6. 30.). *Ulp.* Et haec quidem de his sancimus, qui deliberationem nullam petendam curaverint, quam putamus quidem penitus post hanc legem esse supervacuam, et debere ei derogari; quum enim liceat et adire hereditatem, et sine damno ab ea discedere ex praesentis legis auctoritate, quis locus deliberationi relinquitur? Sed quia quidam vel vana formidine vel callida machinatione pro deliberando nobis supplicandum necessarium esse existimant, quatenus eis liceat annale tempus tergiversari, et hereditatem inspicere, et alias contra eam machinationes excogitare, et eandem deliberationem flebilibus assertionibus repetita prece saepius accipere; ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemtores, indulgemus quidem eis petere deliberationem, vel a nobis vel a nostris iudicibus, non tamen amplius ab imperiali quidem culmine uno anno, a nostris vero iudicibus novem mensibus, ut neque ex imperiali largitate aliud tempus eis indulgeatur, sed etsi fuerit datum, pro nihilo habeatur. Semel enim et non saepius eam peti concedimus. — L. 2. 4. h. t. (28. 8.).

(e) L. 5-7. 9. de iur. del. (28. 8.). *Paul.* Filius, dum deliberat, alimenta habere debet ex hereditate. *Ulp.* Si diu incertum sit, heres extiturus, nec ne sit, causa cognita permitti oportebit, bona rei servandae causa possideri; et si ita res urgeat vel conditio bonorum, etiam hoc erit concedendum, ut curator constituatur. — L. 28. de acquir. hered. (29. 2.). — L. 8. 9. quibus ex caus. in poss. (42. 4.). — L. 22. §. 1. de reb. auct. iud. (42. 5.).

agli altri che ne fanno parte di determinare con giuramento il montare dell'eredità (f);

3) quando coloro che aspettano di essere chiamati dopo l'istituito, come il sostituto, chiedono di porsi un termine, in cui il primo istituito risolva: ma con questa differente conseguenza, che quando il chiamato in primo luogo dopo il tempo stabilito non risolva, si presume aver egli ripudiata l'eredità (g);

4) quando lo stesso erede istituito domanda un tempo per deliberare; dopo il quale si applicano le conseguenze esposte nel n.° 2.° o 3.° Secondochè egli trovasi a fronte di soli creditori o legatarii, ovvero in sostituzione di lui fosse chiamato un altro all'eredità (h);

5) quando alcuno sia istituito sotto condizione potestativa, potendogli assegnare il termine per l'adempimento, e per conseguenza per l'adizione della eredità; l'omissione di tale adempimento produce che l'eredità è deferita al grado successivo, ovvero ai creditori che possono vendere l'eredità medesima (i);

6) finalmente quando un erede necessario, avesse voluto servirsi della querela *inoff. test.;* egli ha sei mesi o dodici per deliberare dalla morte del testatore.

II. Tuttociò ch'è detto per l'*aditio* dell'eredità, è detto per *agnitio* della *bonor. possessio* con le seguenti differenze:

1) Il possesso dei beni dev'essere ventilato in giudizio, ovechè l'adizione dell'eredità si può fare estragiudizialmente (k).

2) L'eredità non si può adire che da colui che ne ha personalmente il diritto, salvo le eccezioni tassate la *bonorum possessio* può essere do-

(f) L. 22. §. 14. C. de Iur. delib. (6. 30.). *Iustinian.* Si quis autem temerario proposito deliberationem quidem petierit, inventarium autem minime conscripserit, et vel adierit hereditatem vel minime eam repudiaverit, non solum creditoribus in solidum teneatur, sed etiam legis Falcidiae beneficio minime utatur. Quod si post deliberandum recusaverit, inventario minime conscripto, tunc res hereditatis creditoribus vel his, qui ad heredem vocantur, legibus reddere compelletur, quantitatem earum sacramento res accipientium manifestanda, cum taxatione tamen a iudice statuenda.

(g) L. 69. de acq. vel omitt. haered. (29. 2.). *Ulp.* Quamdiu institutus admitti potest substituto locus non est, nec ante succedere potest, quam excluso herede instituto. Eveniet igitur, ut necessarium sit remedium Praetoris et circa denegandas primo actiones, et circa praestituendum tempus substituto, quia intra diem primo praestitutum neque adire hereditatem potest, neque pro herede gerere. Is autem qui tertio gradu institutus est, si primo deliberante secundus decedat, ipse potest succedere. Ergo expectamus in singulis ut prius iis deferatur hereditas, tunc deinde, posteaquam delata est, exspectamus diem praestitutum, intra quem diem, nisi aut adeat, aut pro herede gerat, denegamus ei actiones. — L. 10. de iur. delib. (28. 8.).

(h) L. 22. §. 13. 14. C. l. c. (6. 30.). — Ved. not. (d) (f).

(i) L. 23. §. 1. de hered. Inst. (28. 5.).

(k) §. 7. Inst. de bon. poss. (3. 9.). — Confr. L. 9. C. qui adm. ad bon. poss. (6. 9.).

mandata da un procuratore, anzi senza mandato ancora, purchè il consenso del mandante segua immediatamente nel termine legale; se in questo termine colui che deve consentire divenne demente, il consenso si suppone già dato (l).

3) Il possesso dei beni si chiede dopo la morte del testatore ma a differenza dell'eredità si può domandare anche prima della delazione, quando l'istituzione di erede è condizionata, o quando la successione fu devoluta a chi è dubbio se accetta (m).

4) Il possesso dei beni dev'essere chiesto entro un anno dai discendenti ed ascendenti; entro cento giorni dalle altre persone, dal punto della notizia della delazione (n).

§. 264.

3) Del ripudio della eredità.

T. D. ds acqnir. vel omitt. hered. (29. 2.).— C. ds repnd. vel abst. hered. (6. 31.).— C. de repnd. bon. poss. (5. 31.).

Essendo l'acquisto dell'eredità un atto volontario, colui il quale può acquistarla secondo il diritto civile o secondo il diritto pretorio la può anche volontariamente ripudiare (a).

Come l'adizione così la rinuncia può essere espressa o tacita, nel primo caso si ha il ripudio nel senso stretto, nel secondo la rinuncia appellasi più propriamente *omissio*.

(l) L. 3. §. 7. L. 7. §. 1. L. 11. 16. de bon. poss. (37. 1.). *Ulp.* Sed et eins, qui apud hostes decessit, bonornm possessionem admitti posse, quamvis in servitnte decedat, nulla dnbitatio est. Acqnirere qnis bonorum possessionem potest vel per semet ipsnm, vel per alinm. Quodsi me non mandauts bonornm possessio mihi petita sit, tnnc competet, qnnm ratnm bsbuero id, quod actum est. Denique si ante decessero, quam rstnm babesm, nnlla dubitatio est, quin non competet mihi bonorum possessio, quia neqne ego ratum babui, neque beres meus ratum babere potest, qunm ad eum non transeat ius bonornm possessionis. — L. 7. C. qui adm. ad bon. poss. (6. 9.).— L. 63. pr. ad SC. Trebell. (36. 1.).— L. 5. pr. qnis ord. in bon. poss. (38. 15.).— L. 24. pr. rat. rem. bab. (46. 8.). *Paul.* Qnoties ia, cni bonornm possessio ab altero postulata est, furere coeperit, magis probatum, ratum enm videri babuisse; rati enim habitio ad confirmationem prioris postulati pertinet.

(m) L. 42. §. 2. de bon. lib. (38. 2.). — L. nlt. C. qui adm. ad bon. poss. (6. 9.).

(n) L. 1. §. 9. 12. de sncc. edicto (38. 9.). *Ulp.* Largius tempus parentibus liberisqne petendse bonornm possessionis tribuitur, in honorem sanguinis videlicet, qoia arctandi non erant, qni pasne sd propria bona veniunt; idcoqne placuit, iis praestitui annnm , scilicet ita moderate, nt neqne ipsi urgerentur ad bonorum possessionis petitionem, neqne bona din iacerent. Sane nonnunquam urgentibus ereditoribos interrogandi sunt in iure, an sibi bonornm possessionem admittant, nt, si repndiare se dicant, sciant ereditores, qnid sibi agendum esset; si deliberare se adhuc dicant, praecipitandi non sunt. — L. 2. pr. §. 3. quis ordo in poss. (38. 15.).

(a) L. 18. b. t. *Paul.* Is potest repudiare, qni et acqnirere potest. — L. 5. C. b. t.

La rinuncia è validamente fatta tra la delazione e l'adizione dell'eredità, e deve farsi da chi può liberamente disporre delle sue facoltà (b). Per la qual cosa il pupillo non può rinunciare all' eredità senza il consenso del tutore, il quale neppure può rinunciare da sè. Il curatore di un demente potrà omettere di riconoscere il possesso de'beni, ma non può ripudiare l'eredità (c). Se l'eredità è devoluta al figlio di famiglia, per regola, rinunciata dal figlio, può essere acquistata dal padre.

Queste norme valgono anche per la *bon. poss.*: sebbene chi avesse rinunciato espressamente o tacitamente al possesso dei beni, può adire l'eredità per diritto civile (d).

5) Una volta ripudiata l'eredità non è più lecito adirla. Sull'influenza della violenza della frode e dell'errore non vi sono altre regole che quelle generali già esposte altrove: cosicchè si avrà secondo i casi un'*actio doli, actio quod metus causa*, ovvero una *in integrum restitutio* (e).

Circa all'errore è però da osservare che chi ripudiò l'eredità *ab intestato* ignorando di essere erede per testamento, può adire la successione testamentaria, nè tale rinuncia può essergli di pregiudizio per l'adizione *ab intestato* non ancora delata (f). Se poi un erede legittimo che sia pure

(b) L. 4. 13. §. 1. 2. L. 18. 23. h. t. *Ulp.* Nolle adire bereditatem non videtnr, qni non potest adire.

(e) L. 8. de bon. poss. (37. 1.). *Paul.* Tutor autem bonorum possessionem pupillo competentem repudiare non potest, qnia tutori petere permissum est, non etiam repudiare. — L. 11. C. de inre del. (6. 30.). — L. 26. C. de fideicom. (6. 42.).

(d) L. 30. infin. de minor. (4. 4.). *Papin.* Si filius emaneipatus contra tabulas non accepta possessione, post inehoatam restitutionis qnaestionem iegatum ex testamento patris maior vigintiquinque annia petiisset, liti renuntiare videtur, quum, etsi bonornm possessionia tempus largiretur, eleeto iudieio defuneti, repudiatnm beneficium Praetoris existimaretur.

(e) L. 4. C. h. t. (6. 31.). — L. 21. §. 6. quod metus caus. (54. 2.). *Paul.* Si coaetus hereditatem repudiem, duplicl via Praetor mihi suecurrit, aut utiles actiones quasi heredi dando, ant actionem metus eausa praestando, ut quam viam ego elegerim, haec mihl pateat. — L. 9. §. 1 de dolo malo. (4. 3.). — L. 4. §. 28. de dol. mal. et except. (44. 4.). — L. 7. C. de dolo malo (2. 21.).

(f) L. 17. §. 1. h. t. *Ulp.* Nec is, qui non valere testamentum, aut falsum esse putat, repudiare potest. Sed si certum sit, falsnm non esse, quod falsum dicitnr, sieut adeundo aequirit, ita et repndiando amittit bereditatem. Heres lustitutus, idemque legitimns, si quasi institutns repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem; sed si quasi legitimus repndiavit, si quidem scit se heredem lnstitutum, eredendus est, utrumque repudiasse; si ignorat, ad neutrum ei repndlatio nocebit, neque ad testamentariam, quoniam hane non repudiavit, neque ad legitimam, qnoniam noudum ei fuerat delata. — L. 77. h. t. *Pompon.* Iliud dubltari potest, an, si eum testamento beres institutua essem ab eo, qui etiamsi intestatns decessisset, legitima hereditas eius ad me pertineret, an simul utramqne hereditatem repudiare possim, quoniam, antequam ex testamento hereditatem repndiarim, legitima nondum ad me pertinet; verum eodem momento intelligor et ex testamento, et legitimam repndiare, sicuti si legitimam velim ad me pertinere, quum sciam testamento mibi relictam, videbor ante repndiare testamentum, et ita legitimam acquisiisse.

istituito, ripudiò la successione *ab intestato* sapendo di essere istituito, si deputa di aver egli ripudiata la successione tanto testamentaria quanto *ab intestato* (g).

Se chi è erede testamentario e legittimo ripudia la eredità per testamento, può succedere *ab intestato* purchè non vi siano sostituti (h).

Chiunque, sia maggiore o minore di età, rinuncia all' eredità testamentaria e l'adisce *ab intestato* per defraudare i legatarii, può per mezzo di un' *actio utilis ex testamento* essere obbligato a soddisfare i legati ed in generale i pesi ereditarii, come se avesse adita l'eredità testamentaria; solo gli è permesso di far uso quanto ai legati della legge Falcidia (i). L'erede non andrà soggetto a quest'obbligo, quando non ripudiò l'eredità testamentaria per frodare i legatarii, nè con l'intenzione di adire l'eredità *ab intestato;* nè quando lo fece per assenso del testatore o per prevenire l'ingiuria altrui (k).

6) È conseguenza del ripudio dell' eredità che l'erede ne va fuori: onde non è obbligato al pagamento dei debiti, ed in generale agli obblighi dell'eredità, e cessano egualmente a suo riguardo tutti i vantaggi dell'adizione. Pure i legati ed i fidecommessi che gli sono lasciati non vengono annullati dalla rinuncia, se non quando sia tale chiaramente la volontà del testatore (l).

Se tutti gli eredi istituiti rinunciano all'eredità, il testamento è *destitutum*, e tutte le disposizioni anche accessorie sono di nessun momento.

(g) L. 17. h. t. — Ved. not. (f).

(h) L. 17. §. 1. L. 7. h. t. — Ved. not. (f).

(i) L. 1. §. ult. L. 5. 6. pr. §. 1. 5. 8. 13. 15. 18. 24. 25. 26. 30. si qnis omiss. caus. (29. 4.). *Ulp.* Si qnis per fraudem omiserit hereditatem, nt ad legitimam perveniat, legatornm petitione tenebitur.

(k) L. 17. eod. *Ulp.* Plane si nominatim id ei permisit, dicemus, non enm incidere in Edictum, quia nsus est facultate ea, quam ei testator concessit; qnod si non ei concessit specialiter testator omittere, is ordo erit sequendus, quem Iulianus ostendit. — L. 6. §. 1. eod. *Gai.* Si quis omissa causa testamenti omnino eam hereditatem non possideat, excluduntur legatarii; nam libernm cuique esse debet, etiam lucrosam hereditatem omittere, licet eo modo legata libertatesque intercidnnt. Sed in fideicommissariis hereditatibus id provisnm est, ut, si scriptus heres nollet adire hereditatem, iussu Praetoris adeat, et restituat; quod beneficium his, quibns singnlae res per fideicommissum relictae sint, non magis tributum est, quam legatariis.

(l) L. 87. de leg. (30). *Papin.* Filio pater, qnem in potestate retinuit, heredi pro parte institnto legatum quoque reliquit; durissima sententia est existimantium, denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hereditate; non enim impugnatur iudicium ab eo, qui iustis rationibns noluit negotiis hereditariis implicari. — L. 12. C. de leg. (6. 37.).

B. Dell' acquisto indipendente dalla volontà.

§. 265.

1) Dell'erede necessario e del beneficium abstinendi.

Quelli che fino alla morte del testatore trovansi sotto la sua patria potestà, come anche coloro che, nati dopo, pure sarebbero caduti sotto quella potestà, sono detti *heredes necessarii*, ed acquistano l'eredità indipendentemente dalla loro volontà *ipso iure* con la morte del testatore. Tra questi eredi necessarii veniva compreso lo schiavo che non poteva esimersi dall' accettare la eredità, ed era per conseguenza erede necessario assolutamente (a); ma acquistava nondimeno con la successione la libertà se fosse stato designato libero (b).

Poichè l'erede necessario non accetta, nè rifiuta l'eredità, ma succede *ipso iure*, è chiaro che per lui l'ingerirvisi non è un'accettazione tacita come è inteso per gli eredi volontarii, ma è l'intenzione di mantenere l'eredità già acquistata. Però l'impubere acquista l'eredità senza il consenso del tutore, e il minore o il mentecatto senza quello del curatore (c).

Gli eredi necessarii adunque dovevano assolutamente stare a tutte le conseguenze dell'acquisto dell'eredità, anche a discapito; soltantochè il testatore che voleva rendere volontario un erede, che sarebbe necessario, l'istituiva sotto una condizione potestativa (d).

Il Pretore venne in aiuto agli eredi necessarii dando loro un beneficio per mezzo del quale potevano esimersi dai pregiudizii di questa forzata accettazione, astenendosi dall'eredità già acquistata *ipso iure*, onde il nome di *beneficium abstinendi*.

1) L'erede necessario può far uso del beneficio legale di astenersi dall' eredità quando non vi si sia ingerito, nel caso opposto, gli è contro la sua dichiarazione tacita di voler ritenere l'eredità già acquistata.

(a) Pr. §. 1-3. Inst. de hered. qual. (2. 19.).

(b) L. 14. C. de necess. servis (6. 27.). *Antonin.* Quum servi constituti sub appellatione libertorum heredes scripti essetis, ea scriptura benigna interpretatione perinde habenda est, ac si liberi et heredes instituti fuissetis. Quod in legato locum non habet. — §. 1. inst. de hered. (2. 12.).

(c) L. ult. C. de iure delib. (6. 30.). — L. 20. §. 1. 4. de aeq. vel omitt. hered. (29. 2.).— §. 3. Inst. de hered. quae ab int. (3. 1.). — Sui autem etiam ignorantes fiunt heredes, et licet furiosi sint, heredes possunt existere, quia, quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis et furiosis acquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium, et ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, quum etiam ignorantibus acquiratur suis hereditas; nec curatoris consensu acquiritur furioso, sed ipso iure.

(d) L. 86. §. 1. de hered. inst. (28. 5.).

2) Non può far uso del beneficio l'erede che alienò delle cose appartenenti all'eredità (e), ovvero per persone intermedie comperò le cose appartenenti all'eredità (f).

Quanto al tempo si applicano le regole che riguardano il diritto di deliberare (§. 263.).

3) Se un *suus* muore prima di dichiarare se intende giovarsi del *beneficium abstinendi* e lascia un erede necessario, anche questi ha lo stesso diritto del padre di astenersi dall'eredità dell'avo (g).

4) Le conseguenze di questo beneficio legale sono che l'erede cessa di essere tale rispetto ai diritti e agli obblighi nascenti dall'acquisto dell'eredità, ma resta sempre nella qualità di erede rispetto ai diritti che spettano altrui; cosicchè se fosse un solo erede necessario istituito, se anche si astiene, il testamento non può essere considerato come *destituto*, e per conseguenza restano i legati, i fedecommessi, e le sostituzioni pupillari (h).

Finalmente l'astenersi dalla eredità, costituendo un beneficio, può essere rivocato adendosi novellamente la successione: onde il *suus* potrà riacquistare l'eredità se i beni ereditarii non fossero stati venduti nello spazio di tre anni, i quali incominciano a decorrere pel minore dalla fine del termine per la restituzione (i).

(e) L. 71. §. 3-9. de acqu. vel omitt. hered. (29. 2.). *Ulp.* Praetor ait: SI PER EUM EAMVE FACTUM ERIT, QUO QUID EX EA HEREDITATE AMOVERETUR. Si quis suus se dicit retinere hereditatem nolle, aliquid autem ex hereditate amoverit, abstinendi beneficium non habebit. Non dixit Praetor: *si quid amoverit*, sed: *si per eum eamve factum erit, quo quid ex ea amoveretur*, sive ergo ipse amoverit, sive amovendum curaverit, Edictum locum habebit. *Amovisse* eum accipimus, qui quid celaverit, aut interverterit, aut consumserit. Ait Praetor: *quo quid ex ea amoveretur*, sive autem una res, sive plures fuerint amotae, Edicto locus est, sive ex ea hereditate sint, sive ad eam hereditatem pertineant. Amovere non videtur, qui non callido animo nec maligno rem reposuit; ne is quidem, qui in re erravit, dum putat non esse hereditariam. Si igitur non animo amovendi, nec ut hereditati damnum det, rem abstulit, sed dum putat non esse hereditariam, dicendum est, eum amovisse non videri. — L. 91. eod.

(f) L. 91. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). *Paul.* Si is, qui bonis paternis se abstinuit, per suppositam personam emtoris bona patris mercatus probatur, perinde eum conveniri oportere a creditoribus, atque si bonis paternis se immiscuisset.

(g) L. 7. §. 1. eod. *Paul.* Si filius, priusquam sciret, se necessarium extitisse patri heredem, decesserit relicto filio necessario, permittendum est nepoti abstinere se avi hereditate, quia et patri eius idem tribueretur.

(h) L. 12. de inter. in iur. (11. 1.). — L. 20. §. 4. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). — L. 30. §. 10. de fidecom. lib. (40. 5.). *Ulp.* Sed et si suus heres se abstinuerit, libertati fideicommissae per Senatusconsultum subventum est, tametsi non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se. — L. 44. de re iud. (42. 1.). — L. 27. §. 3. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 12. de vulg. et pupill. subst. (28. 6.).

(i) L. ult. C. de rep. et abst. her. (6. 31.). *Iustinian.* Si quis suus recusaverit paternam hereditatem, deinde maluerit eam adire, quum fuerat indistincte ei permissum, donec res pa-

§. 266.

C. Acquisto dell' eredità per altre persone ovvero dei casi di trasmissione.

Thibaut, sagg. II. 7. — *Steppes*, le trasmissioni della eredità secondo il diritto romano, Monaco 1831. — *Rosshirt*, successione testamentaria, II. pag. 191.

Per regola generale non si diventa erede se non per mezzo della delazione; vi sono casi però in cui qualcuno acquista l'eredità, diventa erede senza che quella gli sia stata deferita, in quanto che egli si mette nel posto di colui cui fu deferita. In questo caso la delazione non si annulla, ma viene trasmessa ad un altro: onde si distingue massimamente dalla successiva trasmissione, poichè in questa la successione è deferita ad un altro dopo ch'essa fu estinta nel primo, al contrario della trasmissione per cui la stessa delazione è trasmessa: quindi nel primo caso si succede nella delazione, perchè dopo del primo l'eredità è all'altro deferita; nei casi di trasmissione si succede quantunque l'eredità non fosse direttamente deferita al secondo erede, il quale invece prende il posto di chi, ricevuta la qualità di erede, viene in qualunque modo a mancare. I casi di trasmissione sono i seguenti:

I. Quando l'eredità è deferita ad un fanciullo al di sotto di 7 anni, e questi muore nell'infanzia prima che gli fosse acquistata l'eredità, il padre avrà il diritto di acquistarla per sè, ancorchè il fanciullo non fosse soggetto alla sua patria potestà (a). Lo stesso viene accettato anche rispetto ai figliuoli di età più avanzata che trovansi sotto la potestà del padre, quando per assenza è stato impedito l'acquisto dell'eredità prima della morte del figlio (b). Siffàtta trasmissione è appellata: *Trasmissio ex capite infantiae, o ex iure patrio.*

ternae in eodem statu permanent, hoc facere, et post multum tempus licebat ei ad eandem hereditatem redire, hoc corrigentes sancimus, si quidem res iam venditae sint, ut nullus aditus ei ad hereditatem reservetur; quod et antiquitas observabat. Sin autem res alienatae non sint, si quidem maior annis constitutus est, et tempora restitutionis nulla ei supersunt, intra trium annorum tantummodo spatium huiusmodi ei detur licentia. Sin autem vel minor est vel in utili tempore constitutus, tunc post completum quadriennium, quod spatium pro utili anno, qui restitutionibus dabatur, praestitum est, aliud triennium ei indulgeri, intra quod potest, rebus in suo statu manentibus, adire hereditatem et suam abdicationem revocare. Quo tempore transacto, nullus aditus penitus ad paternam hereditatem ei reservetur, nisi forte, adhuc eo in minore aetate constituto, res venditae sint. Tunc etenim per in integrum restitutionem non denegatur ei adire hereditatem, et res recuperare, et creditoribus paternis satisfacere.

(a) L. 18. §. 1. 3. C. de iur. delib. (6. 30.). *Theod.* Sed si hoc parens neglexerit, et in memorata aetate infans decesserit, tunc parentem quidem superstitum omnia ex quocumque successione ad eundem infantem devoluta, iure patris quasi iam infanti quaesita capere.

(b) L. 30. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.).

II. Per mezzo di una costituzione di Teodosio i discendenti istituiti in un testamento, quando essi morissero anche prima dell'apertura del medesimo o della morte stessa del testatore, trasmettono la loro porzione ereditaria ai proprii discendenti; senza riguardo se sapevano o no di essere istituiti eredi (c). Questo caso è appellato: *Trasmissio Theodosiana.*

III. Se un erede, al quale fu concesso il tempo a deliberare, muore prima che si compisse il termine senza aver dichiarato di accettare o ripudiare, i suoi eredi possono deliberare nel tempo che resta, ed adiscono così una eredità che non è stata loro devoluta (d). Questo caso è detto: *Trasmissio Justinianea ex iure deliberandi.*

IV. Finalmente se qualcuno cui spetti di domandare la restituzione in intiero per omissione di acquisto dell'eredità, muore prima che il termine decorresse, i suoi eredi possono usare del mezzo straordinario di restituzione pel tempo che ancora rimane (e). Lo stesso principio è applicato quando colui che è chiamato muore prima di confermare il possesso dei beni chiesto dal suo procuratore, impedito dall'assenza o da qualunque altro ostacolo legale (f). Questo caso è detto: *Trasmissio ex capite in integrum restitutionis.*

II. Obbietto dell'acquisto dell'eredità.

§. 267.

Del diritto di accrescimento in generale.

T. C. Quando non petentium partes petentibus aderescant (6. 10.). — Eod. de caducis tollendis (6. 51.).—*Duareni*, de iure accrescendi libri II. in opp. pag. 1075.—*Scip. Gentilis*, de iure accrescendi in opp. I. pag. 175. — *Donelli* comm. iure civ. lib. VII. c. 12. 13. — *Rossberger*, Ius accrescendi ex fontib. iur. Rom. genuinis illustratum. Lips. 1827. — *Baumeister*, il diritto di accrescimento tra i coeredi secondo il diritto romano, Tub. 1828.— *Moyer*, il diritto di accrescimento per la successione testamentaria e legale per i legati e fedecommessi, Tub. 1835.—*Schneider*, il diritto di accrescimento secondo lo antico diritto ed il giustinianeo, Berl. 1837.

Idea fondamentale del diritto romano è che colui al quale fu trasmessa l'eredità ha diritto di entrare nell'universalità de'diritti del defunto, e che questo diritto non viene limitato se non da un diritto eguale dei coe-

(c) L. un. C. de his qui ante apertas tab. (6. 52.). — L. un. §. 5. C. de cod. toll. (6. 51.).

(d) L. 19. C. de iur. del. (5. 30.).

(e) L 1. C. de rest. milit. (2. 51.). — Confr. L. 6. de in int. rest. (4. 1.). — L. 86. pr. de acq. hered. (29. 2.). — L. 24. §. 2. de min. (4. 4.).

(f) L. 86. cit. confr. L. 30. eod. confr. anc. L. 30. L. 4. ad SC. Sillaniano. (29. 5.).—L. 4. §. 3. L. 5. de bon. poss. contra tab. (37. 4.). — L. 74. de acq. her. (19. 2.). — L. 12. de Carb. edicto (37. 10.). — L. 6. §. 1. L. 42. §. 4 de bon. lib. (38. 2.).

redi. Per la qualcosa è indifferente se il testatore avesse o no assegnata una porzione determinata o istituito uno degli eredi *sine parte;* poichè anch'egli succede nella porzione cui lo limitano i coeredi, anzi supposto che manchino gli altri suoi coeredi succede in tutto il patrimonio: sicchè nella diretta successione si fonda questo principio *partes solo concursu fiunt.* Da questo principio scende come conseguenza il diritto di accrescimento; ed in fatti se di molti coeredi uno non acquisti l'eredità, l'ostacolo che aveano gli altri per l'acquisto di tutta l'eredità è rimosso, sebbene in parte, e quindi la porzione di chi manca aumenta la porzione degli altri; se di tutti i coeredi uno solo ne restasse prima dell'acquisto dell'eredità, questi succede in tutto l'asse ereditario *ipso facto,* perchè sono caduti gli ostacoli che lo restringevano ad una porzione.

Da questo principio fondamentale del diritto di accrescimento nascono le seguenti conseguenze:

1) Il diritto medesimo è indipendente dalla volontà del testatore. Certamente questi può far sì che l'accrescimento non succeda ordinando delle sostituzioni, o, come vedremo più innanzi, modificandolo con certe preferenze (§. 268.): ma se dichiarasse *sic et simpliciter* che non deve aver luogo diritto di accrescimento in un caso in cui per legge dovrebbe, la sua dichiarazione sarebbe assolutamente nulla.

2) Egualmente indipendente è dalla volontà dell'erede, il quale deve assolutamente subire l'accrescimento, poichè è assurdo che un erede accetti l'eredità in parte, ed in parte la ripudii; e come ciò non potrebbe fare per la sua originaria porzione, non è nemmeno possibile che accetti questa e ripudii quella che gli si accresce (a).

3) L'accrescimento succede *ipso iure,* e per conseguenza non è mestieri di speciale adizione per la parte che si accresce (b).

4) *Portio portioni accrescit:* ossia posto che un erede muore dopo aver acquistato l'eredità, e dopo manca l'altro erede prima dell'adizione la porzione di costui si accresce all'erede dell'erede innanzi morto (c).

5) Quando un erede ha già acquistata la sua porzione, questa cessa di potersi accrescere altrui: non pertanto si riconoscono nel diritto alcune modificazioni a questo principio (d):

(a) L. 35. L. 53. §. 1. de acqu. vel omitt. hered. (29. 2.). — L. 59. §. 7. de hered. inst. (28. 5.). — L. un. §. 10. C. de cod. toll. (6. 51.).

(b) L. 31. 76. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.). — L. 2. §. 8. d. Bon. poss. sec. tab. (37. 11.). — L. un. §. 10. C. cit.

(c) L. 26. §. 1. de cond. et de monstr. (35. 1.). — L. 9. de suis et leg. hered. (38. 16.). — L. un. §. 10. C. cit. L. 33. §. 1. de usufr. (7. 1.).

(d) Ved. *Puchta*, de accrescente portione eius, qui praetoris auxilio ab hereditate se abstinuit. Lips. 1842.

a) Quando un *suus heres* fa uso del *beneficium abstinendi*, al coerede o al suo erede si dà la scelta di subire il diritto di accrescimento, ovvero rinunciare alla sua originaria porzione; non permettendoglisi di dividere le due porzioni (e). Questa scelta non è più ammessa se il coerede accetta l'eredità quando il *suus heres* avea già usato del suo beneficio, in quanto che egli ciò sapeva o poteva conoscere; o quando i creditori dell'eredità dichiarono di non esercitare pretensione alcuna sulla porzione di colui, che dall'eredità si astenne. In quest'ultimo caso il coerede è tenuto verso i creditori quanto alla sua originaria porzione e ritiene libera quella del *suus heres* che si astenne (f).

b) Quando un erede domanda la restituzione in intiero contro l'adizione della eredità, il coerede ha il diritto di scegliere se accetti l'accrescimento di questa porzione o si limiti alla sua originaria; in quest'ultimo caso i creditori sono immessi nel possesso della porzione che dovrebbe accrescersi al coerede (g), purchè questi nulla conosceva della restituzione quando acquistò l'eredità (h).

§. 268.

1) Del diritto di accrescimento nell' eredità ab intestato e testamentaria.

Il diritto di accrescimento poichè deriva dall'intrinseca natura dell'eredità in generale, ha luogo tanto in quella *ab intestato* quanto nella testamentaria: ma sottoposto a diverse regole secondo la diversa natura di queste due forme di successione.

I. Nella successione *ab intestato* spetta il diritto di accrescimento a coloro che avrebbero acquistata fin dal principio la porzione ereditaria di chi manca, se questi non vi fosse mai stato (a): quindi, ad esempio, la porzione di uno de'nipoti del defunto si accresce in primo luogo a coloro che discendono dal medesimo figlio. In generale devesi tenere presente se la successione è *per capita, per stirpes o per lineam:* se solamente *per capita*, il diritto di accrescimento segue tra coloro che concorrono; se insie-

(e) L. 55. 56. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.).

(f) L. 38. 35. eod Ved. Gloss. ad h. l.—*Faber*, err. pragm. dec. 50. err.9.—*Mühlenbruch*, XLII. pag. 167. XLIII. pag. 135. — *Puchta*, cit. pag. 560.

(g) L. 61. de acqu. vel omitt. hered. (29. 2.).

(h) L. 38. eod. Ved. — *Puchta*, cit. pag. 548.

(a) L. 1. §. 10. succ. edicto (38. 9.). *Ulp.* Quibus ex Edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit, aut in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit.

me *per capita e per stirpes*, le stirpi concorrono ancora al diritto di accrescimento ciascuna come un solo erede, qualora colui che manca ereditava *per capita:* che se viene a mancar uno di coloro che ereditavano per stirpi, la porzione di lui si accrescerà solamente alla stirpe a cui il defunto apparteneva. Similmente se manca alla successione chi eredita per linea, la porzione sua si accresce a quelli della linea stessa; così se ereditano l'avo e l'ava dal lato paterno, e l'avo dal lato materno, e viene a mancare l'ava, la porzione di lei si accresce solo all'avo paterno.

Le persone alle quali per legge spetta soltanto una parte determinata di eredità, come la vedova povera, non possono valersi del diritto di accrescimento, salvo che pel compimento della porzione spettante loro per legge (b).

II. Riguardo alla successione testamentaria la massima generale è che la porzione dell'erede mancato si accresce a'coeredi, che hanno effettivamente adito l'eredità, senza preferenza di un coerede all'altro. Con tutto ciò non è senza influenza l'aver riguardo alle congiunzioni degli eredi che il testatore fece nel suo testamento: poichè siffatte congiunzioni generano il diritto di accrescimento tra i legatarii, ed una preferenza di alcuni eredi sugli altri. Si distinguono diverse congiunzioni, e specialmente:

1) Gli eredi possono essere congiunti nello stretto significato della parola, ossia essere tutti insieme istituiti in una quota determinata, in guisa che rispetto a questa formano quasi una medesima persona di rincontro agli altri, come nella successione *ab intestato* una stirpe sta rimpetto all'altra. Un'applicazione di questa teoria ai legatarii è agevolmente fatta: diconsi collegatarii, *coniuncti*, quelli, cui la medesima cosa è lasciata in guisa che ciascuno avrebbela tutta, se la concorrenza degli altri non producesse la divisione. La congiunzione devesi ammettere quando è manifesta la volontà del testatore, ovvero quando il testatore chiama all'eredità o al legato molte persone per modo che si riconosce tacitamente una congiunzione tra loro (c). Questi modi taciti danno luogo a due specie di congiunzioni.

a) *Coniuncti re et verbis* sono i coeredi istituiti nella medesima frase, e nella medesima quota ereditaria p. e. *Titius et Maevius ex parte di-*

(b) L. 6. pr. de bon. poss. (37. 1.), *Paul.* Sed quum patrono quidem contra tabulas certae partis bonorum possessionem Praetor polliceatur, scripto autem heredi secundum tabulas alterius partis, convenit, non esse ius accrescendi; igitur non petente scripto secundum tabulas, alterius quoque partis nominatim patrono possessionem pollicetur, quum ceteri, quibus accrescendi ius est, semel debent agnoscere bonorum possessionem.

(c) §. 8. Inst. de legat. (2. 20.). — L. 59. §. 2. de hered. inst. (28. 5.). — L. 36. §. 2. de legat. (30.). — L. 40. de usu. et usufr. leg. (33. 2.).

midia heredes sunto, ovvero *Titius Maeviusque heredes sunto,* oppure *Titius cum Maevio ex parte dimidia heres esto.* Sono egualmente *coniuncti* quei collegatarii ai quali è lasciata la medesima cosa.

b) *Coniuncti re tantum* sono gli eredi istituiti in diverse frasi, ma nella medesima quota p. e. *L. Titius ex parte dimidia heres esto. Seius ex parte qua L. Titium heredem institui, heres esto, Sempronius ex parte dimidia heres esto* (d). Sono ancora congiunti in questa guisa quei collegatarii ai quali è lasciata la cosa medesima in diverse frasi p. e. *Titio hominem Stichum do lego; Seio eundem hominem Stichum do lego* (e). Nei testi i collegatarii congiunti in questo modo vengono dinotati con la parola *disiunctim,* o *separatim,* in opposizione dei *re et verbis coniuncti,* che vengono dinotati semplicemente con la parola *coniunctim;* ovechè pe' coeredi la parola *coniunctim* indica non solo i *re et verbis* ma ancora i *re tantum coniuncti.*

2) Da queste vere congiunzioni devesi distinguere la *coniunctio verbis tantum,* poichè congiunti in questa guisa sono i coeredi istituiti nella medesima frase e per la medesima quota ereditaria, ma con divisione di parti: p. e. *Titio et Seio fundum aequis partibus do lego,* sicchè ciascun erede o legatario è chiamato non nella medesima porzione, ma ad una parte determinata della medesima; questi eredi quindi non possono essere chiamati propriamente *coniuncti* (f).

Queste differenti specie di congiunzioni hanno nel diritto di accrescimento la seguente efficacia: se manca all'eredità chi è congiunto *re et verbis,* la sua porzione non accresce quelle di tutti gli altri coeredi, ma solo quelle di coloro cui era congiunto: così se manca chi è congiunto *re* sola-

(d) L. 142. de V. S. (50. 16.). — L. 15. de hered. inst. (28. 5). *Ulp.* Inlianns qnoque libro trigesimo refert, si qnis ita beredem scripserit: *Titius ex parte dimidia heres esto, Seius ex porte dimidio; ex quo parte Seium institui, ex eadem porte Sempronius heres esto,* dubitari posse, utrnm in tres semisses dividere voluit hereditatem, an vero in nnum semissem Seium et Sempronium coninngere. Qnod est verins, et ideo coninnctim hos videri institntos; sic fiet. Et Titius semissem, hi dno quadrantes ferant.

(e) §. 8. Inst. de legat. (2. 20.). *Paul.* Si eadem res duobns legata sit sive coniunctim sive disinnctim, si ambo perveniant ad legatnm, scinditnr inter eos legatnm; si vero alter deficiat, qnia aut spreverit legatnm, aut vivo testatore decesserit vel alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. Coninnctim autem legatur, veluti si qnis dicat: *Titio et Seio hominem Stichum do lego;* disiunctim ita: *Titio hominem Stichum do lego Seio Stichum do lego.* Sed et si expresserit: enndem bominem *Stichum,* aeque disiunctim legatnm intelligitur.—L. 1. §. 3. de usnfr. accr. (7. 2.). — Gai. Inst. II. 199.

(f) L. 89. de legat. (32.). — L. 13. 66. de bered. inst. (28. 5.). *Pompon.* Si ita quis heredes instituerit: *Titius heredes esto, Caius et Maevius aequis ex partibus heredes sunto;* quamvis et syllaba coninnctionem faciat, si qnis tamen ex his decedat, non alteri soli pars accrescit, sed et omnibns coheredibus pro hereditariis portionibus, qnia non tam coniunxisse, quam celerins dixisse videatnr.

mente; ovechè se manca chi è congiunto *verbis tantum*, la sua porzione non accresce quelle di coloro cui era congiunto, ma si divide egualmente tra tutti i coeredi (1). Quando al contrario vi è concorrenza tra gli eredi *re et verbis* coi *re tantum coniuncti*, bisogna distinguere: se il *re tantum coniunctus* trovasi in una reale relazione con tutti gli altri *verbis coniuncti*, ovvero con uno dei medesimi: nel primo caso si dà preferenza agli altri *re et verbis coniuncti;* nel secondo *ai re tantum coniuncti:* p. e. dato che il testatore avesse detto, *istituisco A. e B. miei eredi per la metà dell'asse, istituisco C. per l'altra metà; istituisco D. per la medesima porzione nella quale istituii A. e B.*, se A manca all'eredità la sua porzione accresce solamente quella di B. (g); al contrario se il testatore nella sua terza istituzione avesse detto: *istituisco D per la medesima porzione nella quale istituii A*, la porzione di A accrescerebbe solamente quella di D. (2).

ANNOTAZIONI

(1) Sull'influenza che la congiunzione ha sul diritto di accrescimento non si accordano i giureconsulti.

Prima di ogni altro circa la congiunzione *re tantum* il *Gans* (h) non accetta le nostre conseguenze. Egli opina che due eredi egualmente chiamati alla medesima quota punto non siano congiunti: p. e. se due eredi fossero istituiti entrambi in 1|12, essi non hanno nulla che li distingua dagli altri coeredi, giacchè una tale istituzione significa che ognuno di quei due eredi indipendentemente dall'altro è istituito in 1|24. Allo stesso risultato va il *Thibaut*, con argomentazione diversa: tutti i coeredi, egli dice, per natura stessa delle cose sono congiunti *re tantum*, e però non è possibile che si anteponga un solo *coniunctus* agli altri. Se p. e. il testatore avesse istituito A. per una metà del suo patrimonio, questi sarà erede *ex asse;* se al testamento è aggiunta l'istituzione di B per un'altra metà, e sulla medesima l'istituzione di C., B. sarà *re coniunctus* con A, perchè ove questi era erede *ex asse*, vien limitato alla metà; similmente C. sarà congiunto a B e ad A.; se adunque B manca alla successione, C non potrebbe avere quale *coniunctus* nessuna preferenza sopra A, poichè quest'ultimo egualmente è *re coniunctus* con B (i). Di certo non si può contraddire al principio generale del *Thibaut:* tutti i coeredi sono *re coniuncti* rispetto all'asse ereditario, e per questo principio appunto tutti egualmente hanno il diritto di accrescimento; ma non è impossibile che nel medesimo tempo per volontà del testatore vi fosse una speciale *re coniunctio* per una quota determinata dell'asse ereditario, e quindi uno speciale diritto di accrescimento in preferenza sulla quota medesima. Che questo sia stato il concetto dei giureconsulti romani si rileva da che rispetto ai legati essi fondano un diritto di accrescimento pe' *re tantum coniuncti:* su questa analogia bisogna riconoscere la preferenza medesima per l'istituzione di erede. Che le leggi 20. §. 2. 59. §. 3. *de hered. inst.*, indichino solamente i *re et ver-*

(g) L. 34. pr. de leg. (30.).
(h) *Gans*, dr. delle succ. II. pag. 426.
(i) *Thibaut*, Arch. di prat. civ. VII. n. 21.

bis coniuncti non è opinione esatta; imperocchè secondo l'uso della lingua la parola *coniunctim* nell'istituzione dell'erede indica non solamente i *re et verbis* ma ancora i *re tantum coniuncti* (k).

Più controverso è il caso della *coniunctio verbis tantum*, per cui si ammette da alcuni giuristi anche una preferenza nel diritto di accrescimento. Coloro che sostengono questa tesi possono essere distinti in due ordini. Da una parte v'ha chi opina che nell'antico diritto si ammettesse una preferenza nel diritto di accrescere per i *verbis tantum coniuncti*, che si trova anche legittima nel diritto posteriore (l). Opinano altri che i veri principii sul diritto di accrescimento non potrebbero condurre a simile preferenza, nè era stabilita per diritto antico; ma Giustiniano nella legge unica C. *de caducis tollendis* l'ha pel primo stabilita avendo fuso il *ius antiquum* e il *ius caducum vindicandi* (m). Dopo tutto ciò che si è detto, è per lo meno inutile confutare coloro che appartengono al primo ordine; pe'*verbis tantum coniuncti* una preferenza nel diritto di accrescimento è impossibile, prima perchè i giuristi romani negano ai collegatarii *verbis coniuncti* qualunque diritto di accrescere (n) e nella legge 66. *de hered. instit.*, è detto al proposito . . . *Non alteri soli pars accrescit, sed et omnibus coheredibus pro hereditaris portionibus, quia non tam coniunxisse, quam celerius dixisse videatur;* secondariamente perchè essendo per ciascuno determinata la parte, tutti succedono in porzioni divise e non nella medesima quota. In quella legge che il *Gans* cita per fondare la propria opinione o non vi è punto congiunzione, ovvero non vi è la *coniunctio verbis tantum*, ma piuttosto una *coniunctio re et verbis* (o).

Probabile sembra la seconda opinione che difende questa teoria intorno alla preferenza del diritto di accrescere data da Giustiniano per aver confuso insieme il *ius antiquum* e la *caducorum vindicatio*, nella quale costituzione sembra che solamente la congiunzione verbale avesse una preferenza nel diritto di accrescere. Infatti nella *caducorum vindicatio* questa sola congiunzione determina la preferenza del diritto di accrescimento, e per conseguenza, dicono i sostenitori di quella teoria,

(k) V. L. 142. fin. de V. S. (50. 16.). *Paul.* Triplici modo coninnctio intelligitur: aut enim re per se coniunctio contingit, aut *re st verbis*, aut *verbis* tantnm. Nec dubium est, quin coniuncti aint, qnos et nominum, et rei complexus iungit, veluti: *Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto*, vel ita: *Titius Maeviusque heredes sunto*, vel: *Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunto.* Videamus autem, ne, etiamsi hos articulos detrahas: *et, que, cum*, interdum tamen coniunctos accipi oporteat, velnti: *Lucius Titius, Publius Maevius ex parte dimidia heredes sunto*, vel ita: *Publius Maevius, Lucius Titius heredes sunto; Sempronius ex parte dimidia heres esto*, ut Titius et Maevius veniant in partem dimidiam, et re et verbis coniuncti videantnr. *Lucius Titius ex parte dimidia heres esto; Seius ex parte, qua Lucium Titium heredem institui, heres esto Sempronius ex parte dimidia heres esto;* Iulianus, dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titins in eundem semissem cnm Caio Seio institutns sit; sed eo quod Sempronius qnoque ex parte dimidia seriptus est, verisimilius esse, in eundem semissem duos coactos, et coniunctim heredes scriptos esse.

(l) *Gans*, cit. — *Baumeister*, diritto di accrescimento §. 22. 25.

(m) *Rudorff*, giornale per la scienza storica giuridica VI. pag. 426. — *Mayer*, diritto di accresc. pag. 215., diritto di succ. I. §. 29. — *Huschke*, annali di *Richter*, 1838. pag. 327.

(n) L. 11. de usufr. accres. (7. 2.). *Papinian.* Qunm singulis ab heredibus singulis eiusdem rei fructus legatnr, fructuarii separati videntur non minus, qnam si aequis portionibus duobus eiusdem rei frnctus legatus fuisset; unde fit, nt inter eos ius accrescendi non sit.

(o) L. 17. §. 1. L. 59. §. 2. L. 63. de hered. inst. (28. 5.).

Giustiniano essendosi attenuto al concetto della legge Giulia e Papia Poppea nel diritto di accrescimento, ammise la medesima teoria, ossia una preferenza del diritto di accrescere per coloro i quali sono congiunti *verbis tantum*. Tutto ciò poteva avvenire, ma non si è provato che veramente sia, anzi dobbiamo ritenere molto più probabile non aver al proposito Giustiniano alterato il diritto precedente, giacchè quelle disposizioni sarebbero direttamente contraddittorie col carattere giuridico del diritto di accrescimento anche nel diritto posteriore. Ora se il concetto fondamentale di questo diritto non venne menomamente cambiato da Giustiniano, doveva poi questo imperatore metterne in contraddizione le conseguenze? Nella legge unica §. 10. *de caducis tollendis* non vi è parola che ci potesse far supporre un cambiamento nel concetto fondamentale del diritto di accrescimento, poichè le parole *coniunctim instituti* dinotano quei che sono congiunti *re et verbis* o *re tantum* secondo l'uso della lingua nell'istituzione di erede, come sopra notammo. Per lo che anche in questa legge i *verbis tantum coniuncti* non hanno nessuna preferenza nel diritto di accrescimento.

(2) È ancora controverso quale influenza abbiano le istituzioni *sine parte* nel diritto di accrescimento, specialmente quando di molti istituiti *sine parte* alcuno venga a mancare. A questo proposito *Ulpiano* detta: « Unde idem tractat, si duos ex « undecim, duos sine parte scripsit, mox unus ex his, qui sine parte fuerunt, repu- « diaverit: utrum omnibus semuncia, an ad solum sine parte scriptum pertineat? et « variat. Sed Servius omnibus accrescere ait, quam sententiam veriorem puto, nam « quantum ad ius accrescendi non sunt coniuncti, qui sine parte istituuntur. Quod « et Celsus lib. XVI. Dig. probat. Idemque putat, et si expleto asse duos sine parte « heredes scripserit, neque hos, neque illos coniuctos (p) ».

Giavoleno sullo stesso argomento: « Heredes sine parte utrum coniunctim, an « separatim scribantur, hoc interest, quod, si quis ex coniuctis decessit, hoc non ad « omnes, sed ad reliquos, qui coniuncti erant, pertinet, sin autem ex separatis, ad « omnes qui testamento eodem scripti sunt heredes portio eius pertinet (q) ».

Tra queste due leggi si è supposta una certa contraddizione ovechè sono chiare e concordanti: si potrebbe infatti credere che gl'istituiti *sine parte* fossero *re coniuncti:* se il testatore avesse detto istituisco A per un terzo del mio patrimonio, B per un terzo, istituisco miei eredi C e D, potrebbe credersi che i due ultimi insieme fossero istituiti per un terzo, onde sarebbero *verbis et re coniuncti;* questa opinione è combattuta da *Ulpiano*, perchè gl'istituiti *sine parte* non si possono considerare come *coniuncti* nel concetto del diritto di accrescimento, stantechè non è manifesta l'intenzione del testatore di dare ad uno piuttosto che all'altro la porzione di chi viene a mancare all'eredità, e di determinare due o più persone come una sola persona rispetto agli altri. Comprese in questo modo le parole di *Ulpiano* egualmente devono comprendersi quelle di *Giavoleno*. È inconcepibile come molti giuristi per mezzo d'interpretazione hanno rese oscure leggi per se stesse chiarissime. Infatti sentiamo distinguere eredi *sine parte*, ed eredi *sine partibus instituti*, il primo caso d'istituzione sarebbe quando il testatore non ha determinata divisione p. e. *istituisco A mio erede, istituisco eredi B e C.;* il secondo quando il testatore ha chiamati più eredi in una sola quota senza aver determinate le parti scambievoli p. e., *isti-*

(p) L. 17. §. 1. 2. de hered. inst. (28. 5.).
(q) L. 63. eod.

tuisco A. mio erede per una metà del patrimonio, istituisco B. e C. sull'altra metà; la legge 17. cit. discorre del primo caso, cioè che gli eredi istituiti *sine parte* non possono essere considerati in nessun modo come *coniuncti:* quando chè la legge 63 devesi intendere che gli eredi istituiti *sine partibus*, ossia come il secondo dei surriferiti casi (r). Altri al contrario credono che nella legge 17 si parli del caso quando insieme ad istituzioni la cui parte è fissata, ve ne fossero altre *sine parte*, e qui vale il principio che coloro i quali siano istituiti *sine parte* non possono essere considerati come *coniuncti*. Nella legge 63 cit. al contrario si tratta del caso in cui tutti gli eredi sono indeterminatamente istituiti, nel qual caso il modo come sono stati chiamati decide se debbono essere considerati come congiunti o separati (s).

III. Relazioni giuridiche tra gli eredi.

§. 269.

A. In generale.

Per mezzo dell'acquisto dell'eredità il complesso delle relazioni giuridiche dell'antecessore si trasmette alla persona dell'erede, come se questi avesse preso il posto del defunto già dal momento della morte di lui (a). L'erede è perciò il perfetto subbietto di ciascuna relazione di diritto contenuta nell'eredità, come se quella avesse avuto esistenza da lui e per lui nell'opportuno modo giuridico. Conseguenza di questo principio è la completa confusione del patrimonio del defunto col patrimonio dell'erede, onde tutti i legami di obbligazioni esistenti prima di questo atto tra l'erede ed il defunto, ovvero tra l'erede e la medesima eredità, come pure tutti i diritti reali che l'erede potesse avere sulle cose del defunto o della eredità e per converso si estinguono appena l'eredità è acquistata (b). Dopo la morte dell'erede il suo patrimonio con l'eredità acquistata forma il complesso di una sola successione (c). La rappresentazione del defunto nella persona dell'erede è uno stato di diritto durevole, ma la distinzione della qualità di erede dalla sua prima persona giuridica può essere anche dopo l'acquisto di qualche importanza (d).

(r) *Faber*, err. pragm. dec. 49. err. 2. — *Rosshirt*, succ. test. II. pag. 240.

(s) *Zimmern*, studi di diritto romano pag. 98.

(a) L. 138. pr. L. 193. de V. S. *Paul.* Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. — L. 54. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.).

(b) L. 2. §. 18. de hered. vel act. vend. (18. 4.). — L. 75. de solut. (46. 3.). — L. 21. §. 1. de lib. leg. (34. 3.). — L. 18. de servit. (8. 1.). — L. 116. §. 4. de legat. (30.).

(c) L. 10. §. 2. de vulg. et pupill. subst. (28. 6.). — L. 7. §. 2. de acquir. vel omitt. hered. (29. 2.).

(d) L. 5. 21. §. 2. L. 71. pr. de fideiuss. (46. 1.). — L. 93. pr. §. 1. de solut. (46. 3.). — L. 13. de duob. reis (45. 2.). — Confr. L. 1. §. 15. ad leg. Fal. (35. 2.).

B. Relazione degli eredi rispetto ai creditori.

§. 270.

1) Regola generale.

Rappresentando l'erede la persona del defunto è tenuto a soddisfare tutte le obbligazioni di esso in tutta la loro estensione: egli perciò viene considerato debitore come lo stesso defunto, ossia non solamente per quanto possano rispondere le *vires hereditariae*; ma in forza della confusione avvenuta tra i due patrimonii l'erede è tenuto oltre quelle, ossia pel complesso dei due patrimonii confusi in uno (a). Da questo principio nasce ancora la conseguenza che i creditori dell'erede possono pretendere di essere soddisfatti tanto dal suo originario, quanto dal patrimonio che a lui pervenne dalla eredità.

§. 271.

a) Modificazioni; del beneficium inventarii et separationis.

Perchè l'erede non sia, come dettano i principii generali esposti, obbligato verso i creditori dell'eredità *ultrà vires hereditariae* Giustiniano introdusse in suo favore il beneficio dell'inventario.

Esso consiste nel compilare un esatto inventario delle cose ereditarie cominciando nello spazio di trenta giorni dal momento che l'erede ebbe notizia della delazione della eredità, e terminando dopo 60 giorni; in caso che le cose ereditarie o la maggior parte di esse fossero in luoghi lontani dal domicilio dell'erede, l'inventario può essere terminato in un anno dalla morte del testatore (a).

(a) L. 8. de aequir. vel omitt. hered. (29. 2.). — L. 10. C. de iur. delib. (6. 30.). *Dioel. et Maxim.* Si te bonis paternis maior qninqne et viginti annis miscnisti, neqne inopia patris te exensat, neqne vis fratris, portionem tuam vel testameqtnm eripientis, arcere te de exaetione creditornm, qui inre eivili pro hereditaria portione te conveninnt, poteat. — L. 36. de bon. lib. (38. 2.).

(a) L. 22. §. 2. 3. 11. C. de inr. delib. (6. 30.). *Inst.* Sin autem dubius est, ntrumne admittenda sit, nec ne, defuncti bereditas, non putet sibi esse necessariam deliberationem, sed adeat bereditatem vel sese immisceat, omni tamen modo inventarinm ab ipso conficiatur, ut intra triginta dies, post apertas tabuias vei postquam nota fncrit ei apertura tabularum, vei delatam sibi ab intestato hereditatem eognoverit, nnmerandos, exordium eapiat inventarinm super bia rebns, quas defnnctns mortis tempore babebat. Et boc inventarinm intra aiios sexaginta dies modis omnibns impleatnr sub praesentia tabnlariorum ceterornmqne, qui ad buinsmodi

Circa alla forma fa mestieri chiamare un pubblico ufficiale, i legatarii i fedecommissarii che si trovassero nella medesima città, ed in mancanza tre uomini degni di fede, e finalmente dei periti per stimare le cose dell'eredità. L'erede deve sottoscrivere la somma totale a cui montano le cose ereditarie con la dichiarazione che tutto è proceduto in ordine; se l'erede non sa scrivere devesi chiamare un altro pubblico ufficiale che sottoscriva per lui, e l'erede deve apporre il segno della croce (b). In caso che qualche cosa fosse dall'inventario dolosamente trafugata, vi è l'obbligo di rimborsarla al doppio (c).

I vantaggi più immediati del beneficio dell'inventario sono:

1) L'erede non può essere convenuto in giudizio durante la compilazione dell'inventario da nessuno dei creditori dell'eredità nè dai legatarii, o fedecommissarii.

2) La separazione del patrimonio del defunto da quello dell'erede: onde questi non è obbligato a soddisfare i creditori ereditarii se non fino al valsente del patrimonio del defunto, senza che i creditori potessero pretendere di essere soddisfatti dal patrimonio dell'erede (d).

confectionem necessarii sunt. Subscriptionem tamen supponere heredem necesse est, significantem et quantitatem rerum, et quod nulla malignitate circa eas ab eo facta vel facienda res apud eum remanent, vel si ignarus sit literarum, vel scribere praepediatur, speciali tabulario ad hoc solum adhibendo, ut pro eo literas supponat, venerabili signo antea manu heredis praeposito, testibus videlicet assumendis, qui heredem cognoscant, et iubente eo, tabularium pro eo subscribere, interfuerint.

(b) L. 22. §. 2. 3. C. eod. — Ved. not. pr.—Nov. 1. c. 2. §. 1.

(c) L. 22. §. 10. C. eod.—L. 22. §. 2. C. eod. — Ved. not. (a).

(d) L. 22. §. 4. C. eod. *Iustin.* Et si praefatam observationem inventarii faciendi solidaverint, et hereditatem sine periculo habeant, et legis Falcidiae adversus legatarios utantur beneficio, ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant. Et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, et, si nihil reliquum est, posteriores venientes repellantur, et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant, ne, dum lucrum facere sperant, in damnum incidant. Sed et si legatarii interea venerint, et eis satisfaciant ex hereditate defuncti, vel ex ipsis rebus, vel ex earum forsitan venditione. Sin vero creditores, qui et post emensum patrimonium necdum completi sunt, superveniant, neque ipsum heredem inquietare concedantur, neque eos, qui ab eo comparaverunt res, quarum pretia in legata vel fideicommissa vel alios creditores processerunt; licentia creditoribus non deneganda adversus legatarios venire, et vel hypothecis vel indebiti condictione uti, et haec, quae acceperint, recuperare, quum satis absurdum est, creditoribus quidem ius suum persequentibus legitimum auxilium denegari, legatariis vero, qui pro lucro certant, suas partes legem accommodare. Sin vero heredes res hereditarias creditoribus hereditariis pro debito dederint in solutum, vel per dationem pecuniarum satis eis fecerint, liceat aliis creditoribus, qui ex anterioribus veniunt hypothecis, adversus eos venire, et a posterioribus creditoribus secundum leges eas abstrahere, vel per hypothecariam actionem, vel per condictionem ex lege, nisi voluerint debitum eis offerre. Contra ipsum tamen heredem, secundum quod saepius dictum est, qui quantitatem rerum hereditariarum expendit, nulla actio extendatur. Sed nec adversus emtores rerum hereditariarum, quas ipse pro solvendis debitis vel legatis vendidit, venire alii concedatur, quum satis anterioribus creditoribus a nobis provisum est, vel ad posteriores creditores, vel ad legatarios perve-

3) L'erede ha facoltà di soddisfare i creditori dell'eredità come si presentano senza tener conto dei loro privilegi; ma i creditori ipotecatarii han diritto di rivolgersi coll' azione ipotecataria contro i creditori più deboli e contro i legatarii. Nel pagamento dei creditori e dei legatarii e fedecommissarii l'erede preleva le spese di funerale e quelle dell'inventario, e riduce i legati e fedecommessi secondo la quarta Falcidia o Trebellianica (e).

4) L'erede può vendere le cose ereditarie per soddisfare i creditori, ovvero darle in pagamento; se fossero obbligate con pegno la vendita le libera, ed i creditori pignoratarii si possono rivolgere ai creditori più deboli e posteriori, e contro i legatarii (f).

5) Poichè il beneficio dell'inventario sospende la confusione de' patrimonii, le azioni spettanti all'erede contro del defunto non si estinguono, e sono da considerarsi come le azioni degli altri creditori; così l'erede non è obbligato a riconoscere le disposizioni compiute dal testatore circa le cose a lui appartenenti, se non in quanto può ottenerne rimborso dalla massa ereditaria (g).

Il beneficio dell'inventario non è dato a colui il quale impetrò un termine per deliberare (h).

II. Come il beneficio dell'inventario sta in favore dell'erede per sospendere la confusione del patrimonio del defunto con quello dell'erede, ed aver l'agio di soddisfare i creditori dell'eredità dalle sole cose ereditarie; così fu dato a' creditori e ai legatarii un altro beneficio per impedire similmente la confusione dei due patrimonii, perchè i creditori dell'erede non concorressero con essi e diminuissero in questo modo la massa ereditaria; tale diritto fu appellato *beneficium separationis* (i), il quale si concede per decreto dopo la *causae cognitio* del magistrato (k).

nientibus, et suum ius persequentibus. In computatione autem patrimonii damus ei excipere et retinere, quidquid in funus expendit, vel in testamenti insinuationem, vel in inventarii confectionem, vel in alias necessarias causas hereditatis approbaverit sese persolvisse. Sin vero et ipse aliquas contra defunctum habebat actiones, non hae confundantur, sed similem aliis creditoribus per omnia habeat fortunam, temporum tamen praerogativa inter creditores servanda.

(e) L. 22. §. 4. 6. 9. C. eod. — Ved. not. pr.

(f) L. 22. §. 5. 8. C. eod. — Ved. not. (d).

(g) L. 22. §. 4. 9. C. eod. — Ved. not. (d).

(h) L. 22. §. 14. C. eod.

(i) L. 1. pr. §. 1. L. 6. pr. de separat. (42. 6.). *Iulian.* Quoties heredis bona solvendo non sunt, non solum creditores testatoris, sed etiam eos, quibus legatum fuerit, impetrare bonorum separationem aequum est, ita ut, quum in creditoribus solidum acquisitum fuerit, legatariis vel solidum, vel portio quaeratur.

(k) L. 1. pr. §. 14. eod. *Ulp.* De his autem omnibus, an admittenda separatio sit, nec ne, Praetoris erit vel Praesidis notio, nullius alterius, hoc est eius, qui separationem indulturus est. — L. 2. C. de bon. auct. iud. (7. 72.).

Per mezzo di tale beneficio i creditori dell'eredità hanno diritto di essere soddisfatti dalla massa ereditaria in preferenza dei creditori degli eredi; ma nel medesimo tempo essi debbono rinunciare d'essere soddisfatti dalle cose dell'erede anche quando questi non avesse esercitato il beneficio dell'inventario (l).

Non è ammesso il beneficio della separazione:

1) dopo cinque anni dall'acquisto dell'eredità (m).

2) quando non è più possibile per la confusione già avvenuta dei due patrimoni (n);

3) rispetto alle cose dall'erede vendute in buona fede (o);

4) per quei creditori i quali in qualunque modo hanno accettato l'erede come il vero loro debitore (p).

Per massima non è concesso tale beneficio ai creditori dell'erede.

(l) L. 1. §. 1. 3. 17. *Ulp.* Item sciendum est, vulgo piacere, creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum, creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil. Cuius rei ratio illa est, quod, qui impetravit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si, quum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari, heredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi; separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit. Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, iustissima scilicet ignorantiae causa allegata. — L. 5. de separat. (42. 6.).

(m) L. 1. §. 13. eod. *Ulp.* Quod dicitur, post multum temporis separationem impetrari non posse, ita erit accipiendum, ut ultra quinquennium post aditionem numerandum separatio non postuletur.

(n) L. 1. §. 12. eod. *Ulp.* Praeterea sciendum est, posteaquam bona hereditaria bonis heredis mixta sunt, non posse impetrari separationem; confusis enim bonis et unitis separatio impetrari non poterit. Quid ergo, si praedia extent, vel mancipia, vel pecora, vel aliud, quod separari potest? Hic utique poterit impetrari separatio; nec ferendus est, qui causatur bona contributa, quum praedia contribui non possint, nisi ita coniunctae possessiones et permixtae propriis, ut impossibilem separationem effecerint; quod quidem perraro contingere potest.

(o) L. 2. eod. *Papinian.* Ab herede vendita hereditate separatio frustra desiderabitur; utique si nulla fraudis incurrat suspicio; nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent.

(p) L. 1. §. 10. 11. 15. 16. eod. *Ulp.* Illud sciendum est, eos demum creditores posse impetrare separationem, qui non novandi animo ab herede stipulati sunt; ceterum si cum hoc animo secuti sunt, amiserunt separationis commodum, quippe quum secuti sunt nomen heredis, nec possunt iam se ab eo separare, qui quodammodo eum elegerunt. Sed etsi usuras ab eo ea mente, quasi eum eligendo, exegerunt, idem erit probandum. — L. 2. C. de bon. auct. ind. (7. 72.).

§. 272.

6) Obbligazioni nascenti dalle disposizioni del defunto.

1) Per mezzo dell'accettazione l'erede è obbligato *quasi ex contractu* di eseguire le disposizioni del testatore qualora da esse derivi un diritto in favore di un altro; ma purchè non siano impossibili, nè abbiano natura di *nuda praecepta* (a).

2) In caso che l'erede non adempisse alle disposizioni contenute nel testamento, è soggetto in prima ad un'ammonizione del magistrato, e dopo un anno, se non abbia ancora soddisfatto ai suoi obblighi, la sua porzione è devoluta ai coeredi; se fosse egli un erede necessario istituito oltre la quota legittima, riterrà solamente questa, e l'avanzo va ai coeredi, in mancanza ai legatarii e da ultimo al fisco (b). Chi sottentra all'erede deve prestare cauzione per l'adempimento degli obblighi ereditarii.

3) Qualche volta sono inflitte anche pene private a coloro che non adempiono agli obblighi determinati nel testamento, così se nel testamento vi fosse una disposizione *ad piam causam*, e l'erede persiste nella mora, anche convenuto in giudizio, è obbligato a rilasciare il doppio di ciò ch'era determinato nella disposizione (c).

Quando un discendente deve all'altro discendente tutta o parte della porzione legittima di costui, e si rende moroso anche dopo il giudizio, è obbligato a dare un terzo di più (d).

(a) Inst. de obl. quae quasi ex contractu (3. 28.). — Heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur neque enim cum herede neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potes, et tamen, quia eo maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur. — confr. L. 5. §. 2. de obl. et act. (44. 7.). — L. 3. §. 3. L. 4. quibus ex caus. in poss. (42. 4.).— Ved. L. 114. §. 14. de legat. (30.). — L. 38. §. 4. de legat. (32.).

(b) Nov. 1. c. 1.

(c) L. 46. §. 7. C. de episcop. et cler. (1. 3.). *Iustinian.* Ut autem adhuc maiore metu terreantur heredes morientium, vel harum rerum faciendarum onere gravati, ne ea facere differant, et hoc sancimus, ut, si a Dei amantissimis episcopis conventi his rebus honorati in mora perseveraverint, ita ut praesidum exactione opus fuerit, confestim non solum simplum, quod relictum est, sed omnino duplum exigatur. Si enim apud veteres erant quaedam causae, in quibus ex inficiatione dupla condemnationis inducebantur, quomodo non etiam hic eos, qui non solum non sponte fecerint, sed tempus praeterea protraxerint, et postremo compulsi a Dei amantissimi episcopis, ac neque ipsis statim parentes, opus habuerint etiam praesidali exactione, dupli exactione convenit castigari? — Conf. Nov. 131. §. 1. 12.

(d) L. 33. pr. C. de inoff. test. (3. 28.). *Iustin.* Si quis suo testamento maximam quidem portionem libero derelinquat, minusculam autem alii vel aliis de stirpe sua progenitis, ipsam tamen legitimam sive in hereditate vel in legato vel in fideicommisso, ut non possit locus inofficiosi testamenti querelae fieri, et ille quidem, qui ex parvulo genitoris sui consequitur substan-

Con tutto ciò l'erede può esimersi dal soddisfare qualunque obbligazione, se l'eredità è esaurita, ed egli l'abbia accettata col beneficio dell'inventario (e).

C. Rapporti giuridici dei coeredi tra loro.

§. 273.

1) Della divisione dell'eredità.

Quando molti insieme succedono ognuno rappresenta la persona del defunto; ma limitati a vicenda, ciascuno in somma la rappresenta *pro parte*. Per tutto ciò che si è detto sugli effetti dell'acquisto, ciascuno degli eredi entra nell'eredità in proporzione della sua parte, e secondo questa proporzione vengono divisi i diritti, le azioni, gli obblighi ereditarii. Tutta la proprietà del defunto trovasi in una parola devoluta a tutti gli eredi; ciascuno n'è proprietario, sicchè per mezzo dell'acquisto nasce fra essi un vero condominio o meglio una vera comunione. Dalla genesi di una tale comunione de'beni di cui ognuno ne ha una parte *pro indiviso* si delineano gli obblighi dei coeredi tra loro:

1) il coerede che si trova in possesso delle cose ereditarie, ha l'obbligo di amministrare debitamente le cose comuni;

2) egli non può impedirne la divisione;

3) ha l'obbligo di mettere nella massa quanto antecedentemente avesse preso. Il primo di questi obblighi appartiene al diritto di obbligazione.

Perciò che riguarda la divisione delle cose ereditarie in comune, essa può avvenire per volontà stessa del testatore, quando egli nel testamento divide l'asse ereditario, ovvero commette una persona alla divisione (a);

tiam, eam suscipere maluerit, qui autem ex maiore parte eam amplexus est, sive unus sive plures sint, non statim et sine contentioso proposito vel ulla mora eam restituere voluerit, sed expectato iudiciorum strepitu et multis variisque certaminibus habitis, post longum tempus ex sententia iudicis vix eam reddiderit, crudelitatem eius competenti poena aggredimur, ut, si haec fuerint subsecuta, non tantum in id, quod testator voluit eum restituere, condemnetur, sed etiam aliam tertiam partem quantitatis, quae fuerat in testamento derelicta, modis omnibus reddere cogatur, ut avaritia eius legitimis ictibus feriatur; aliis omnibus, quae in eodem testamento vel elogio scripta sunt, pro sui tenore ad effectum perducendis.

(e) Nov. 1. c. 2. §. 1. 2.

(a) L. 20. §. 3. L. 32. 33. 39. §. 5. fam. ercisc. (10. 2.). *Ulp.* Si pater in filios sine scriptura bona divisit, et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisionem, Papinianus ait. Plane, inquit, si creditores eos pro portionibus hereditariis conveniant, et unus placita detrectet, posse cum eo praescriptis verbis agi, quasi certa lege permutationem fecerint, scilicet si omnes res divisae sint.

può avvenire per accordo dei coeredi, i quali o dividono essi stessi la massa ereditaria o scelgono un arbitro (b), ovvero da ultimo mediante l'autorità giudiziaria nel giudizio *familiae erciscundae*.

Il diritto di chiedere la divisione è dato a ciascuno erede; però essendo la divisione per sè stessa una specie di alienazione, questa domanda deve farsi da chi abbia il diritto di disporre; i minori per cônseguenza non possono domandare la divisione senza un decreto del magistrato, eccetto quando sia già chiesta da un maggiore (c).

La divisione non può essere impedita nè per proibizione del testatore, nè per accordo delle parti; ma è valida la convenzione di restare in comunità per un certo tempo (d).

Per massima il giudice o l' arbitro deve spartire l' eredità nel modo più acconcio, più naturale, e più utile ai coeredi (e), e la divisione deve comprendere ogni sostanza ereditaria, avendosi primamente riguardo alla volontà del testatore, ovvero a quella degli eredi (f); se questi non si accordano, si ripartisce il denaro e tutto ciò che è divisibile; quello che non è suscettibile di divisione si cede al maggiore offerente, o a colui che ha la maggior parte ereditaria (g): e se le condizioni sono pari, in caso di dissenso decide la sorte, e gli altri vengono soddisfatti in altri effetti (h).

(b) L. 30. C. de pactis (2. 3.). — Ved. not. seg.

(c) L. 20. 43. fam. ercisc. (10. 2.). *Ulp.* Arbitrum familiae erciscundae vel unus petere potest; nam provocare apud iudicem vel unum heredem posse, palam est; igitur et praesentibus ceteris et invitis poterit vel unus arbitrum poscere. — L. 1. C. comm. utr. iud. (3. 38.). *Anton.* Divisionem praediorum vicem emtionis abtinere placuit. — L. 7. pr. de reb. eor. qui sub. tut. (27. 9.).

(d) L. 14. §. 2. comm. divid. (10. 3.). *Paul.* Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est; sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet.

(e) L. 52. §. 2. L. 55. fam. ercis. *Iulian.* Arbiter familiae erciscundae inter me et te summa quaedam mihi, quaedam tibi adiudicare volebat; pro his rebus alterum alteri condemnandos esse intelligebat; quaesitum est, an possit pensatione ultro citroque condemnationis facta eum solum, cuius summa excederet, eius duntaxat summae, quae ita excederet, damnare? Et placuit, posse id arbitrum facere.

(f) L. 10. 21. C. fam. ercisc. (3. 36.). *Dioclet.* et *Maxim.* Si cogitatione futurae successionis, officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo, pater communis iudicio suo vel qualicunque iudicio suam declaravit voluntatem, inter eos, qui ei successerunt, exemplo Falcidiae retentionis habita ratione, familiae dividendae causa datus arbiter pro virili praeterea portione eorum, quae nulli generaliter vel specialiter adsignavit, facta divisione in adiudicando patris sequetur voluntatem.

(g) L. 22. §. 1. fam. ercisc. (10. 2.). *Ulp.* Familiae erciscundae index ita potest pluribus eandem rem adiudicare, si aut pluribus fuerit unius rei praeceptio relicta, ubi etiam necessitatem facere Pomponius scribit, ut pluribus adiudicetur, vel si certam partem unicuique coheredum assignet; sed potest etiam licitatione admissa uni rem adiudicare.—L. 26. §. 2. de legat. (30). — L. 34. §. 2. C. de don. (8. 54).

(h) L. 5. fam. erc. (10. 2.). *Gai.* Si quae sunt cautiones hereditariae, eas index curare de-

Se gli eredi non offrono prezzo, la cosa dev' essere venduta all' asta pubblica, ovvero resta in comune ritraendone tutti insieme l' usufrutto (i).

Tra le cose indivisibili sono da annoverare:

1) quelle contrarie ai buoni costumi o al pubblico bene, le quali sieno tolte al commercio: come veleno, libri proibiti, ecc. (k);

2) i documenti che riguardano gl'interessi di più eredi; ed essi sono dati in custodia o a chi ha la maggior parte dell' eredità, o a chi è eletto per sorte, o da ultimo ad un depositario, o ad una chiesa (l);

3) le servitù;

4) i monumenti sepolcrali della famiglia;

5) finalmente non si possono dividere dai diritti le azioni corrispondenti (m).

Compiuta la divisione, la proprietà di ciascuna parte passa al coerede per aggiudicazione, se la divisione fu fatta giudizialmente, ovvero per tradizione, se compiuta col consenso delle parti (n). Se tra le cose divise vi fosse roba altrui, tutti i coeredi sono tenuti a garantia per evizione, in qualunque modo si faccia la divisione (o): e se il testatore stesso avesse spartita l' eredità, è da distinguersi se l'erede avesse acquistata la sua porzione come prelegato, o come quota ereditaria; nel quale ultimo caso i figli e non gli estranei sono obbligati alla garantia, tranne quando il testatore avesse saputo che la cosa non gli appartenesse, o si potesse

bet, ut apud eum maneant, qui maiore ex parte heres sit; ceteri descriptum et recognitum faciant cautione interposita, ut quum res exegerit, ipsae exhibeantur. Si omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet, aut ex consensu vel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponantur, vel in aede sacra deponi debent.—L. 3. pr. C. com. de legat. (6. 43.).

(i) L. 6. §. 2. fam. ercisc. *Ulp.* Usufructus et ex certo tempore, et usque ad certum tempus, et alternis annis adiudicari potest.

(k) L. 4. §. 1. eod. *Ulp.* Mala medicamenta et venena veniunt quidem in iudicium, sed iudex omnino interponere se in his non debet; boni enim et innocentis viri officio eum fungi oportet. Tantundem debebit facere et in libris improbatae lectionis, magicis forte, vel his similibus; haec enim omnia protinus corrumpenda sunt.

(l) L. 5. eod. — ved. not. (h).

(m) L. 4. C. de reliq. (3. 44.). — L. 25. §. 1. fam. ercis. (10. 2.).—L. 6. C. eod. (3. 36.). *Gordian.* Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, quum ipso iure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisse sunt.

(n) §. 7. Inst. de off. iud. (4. 17.). — L. 15. C. fam. ercisc. (3. 36.). *Dioclet.* et *Maxim.* Si, divisione conventione facta, etiam possessio consensu secuta dominium pro solido rerum, quas pertinere ad patrem tuum placuit, ei firmavit, earum vindicationem habere potes, si patri tuo successisti. Si vero placitum divisionis usque ad pactum stetit, arbiter familiae erciscundae iudicio vobis datus communionem inter vos finiri providebit.

(o) L. 66. §. 3. de evict. (21. 1.). — L. 25. §. 21. fam. ercisc. (10. 2.). *Paul.* Item curare debet, ut de evictione caveatur his, quibus adiudicat. — L. 14. C. eod. (3. 36.). — L. 1. 7. C. comm. utr. (3. 38.).

provare che avrebbe istituito l' estraneo, anche sapendo di non appartenergli quell' oggetto (p).

La divisione fatta dal testatore medesimo non può essere impugnata, eccetto quando vi sia lesione della porzione legittima (q). Se la divisione è fatta dal giudice non può essere impugnata nè per dolo, nè per errore, nè per ineguaglianza di parti: e solo per errori di calcolo si può emendarne la sentenza (r). Finalmente la divisione fatta estragiudizialmente può essere impugnata per dolo e per errore (s).

§. 274.

a) Dell' azione familiae erciscundae.

P. D. familiae erciscundae (10. 2.). C. h. t. (3. 36.); comm. utriusque iudicii (3. 38.).

L' azione per cui il coerede può pretendere giudiziariamente tanto la divisione, quanto le prestazioni personali dagli altri coeredi è detta *actio familiae erciscundae*.

1) Può valersi di quest' azione direttamente qualunque dei coeredi

(p) L. 77. §. 8. de legatis (31). — L. 10. C. de legat. (6. 37.). *Alexand.* Quum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens, tam ex legato quam ex fideicommisso ab eo, qui legatum seu fideicommissum meruit, peti potest. Quodsi suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae, vel uxori vel alii tali personae, datum sit, cui legaturus esset, etsi scisset, rem alienam esse.

(q) L. 10. C. fam. ercisc. (3. 36.). *Gordian.* Quotiens inter omnes heredes testator successionem dividit, ac singulos certis possessionibus cum mancipiis quae in eisdem sunt constituta, iubet esse contentos voluntati eius, salva legis Falcidiae auctoritate, obtemperandum esse manifestum est, non mutat, quod in sequentibus verbis mancipia sua universa, nulla facta eorum discretione, commendanda putavit heredibus, quum utique his ea videatur insinuasse, quibus etiam testamento relinquenda esse decrevit.

(r) L. 3. C. comm. utr. iud. (3. 38.). — L. 36. fam. ercisc. (10. 2.). *Paul.* Quum putarem te coheredem meum esse, idque verum non esset, egi tecum familiae erciscundae iudicio, et a iudice invicem adiudicationes et condemnationes factae sunt; quaero, rei veritate cognita utrum condictio invicem competat, an vindicatio, et an aliud in eo, qui heres est, aliud in eo, qui heres non sit, dicendum est? Respondi: qui ex asse heres erat, si, quum putaret se Titium coheredem habere, acceperit cum eo familiae erciscundae iudicium, et condemnationibus factis solverit pecuniam, quoniam ex causa iudicati solvit, repetere non potest. Sed tu videris eo moveri, quod non est iudicium familiae erciscundae, nisi inter coheredes acceptum; sed quamvis non sit iudicium, tamen ad impediendam repetitionem sufficit, quod quis se putat condemnatum. Quodsi neuter eorum heres fuit, sed, quasi heredes essent, acceperint familiae erciscundae iudicium, de repetitione idem in utrisque dicendum est, quod diximus in altero. Plane si sine iudice diviserint res, etiam condictionem earum rerum, quae ei cesserunt, quem coheredem esse putavit, qui fuit heres, competere dici potest; non enim transactum inter eos intelligitur, quum ille coheredem esse putaverit. — L. 1. §. 1. quae sent. (49. 8.).

(s) L. 3. C. comm. utr. iud. (3. 38.). *Dioclet.* et *Maxim.* Maioribus etiam, per fraudem vel dolum vel perperam sine iudicio factis divisionibus, solet subveniri, quia in bonae fidei iudiciis et quod inaequaliter factum esse constiterit, in melius reformabitur.

dopo aver acquistato l' eredità; ma vien concessa ntilmente all' erede fedecommissario, all' impubere arrogato per la *Quarta D. Pii*, ed al compratore dell' eredità (a).

2) Ogni coerede in questo gindizio può tenere le parti di attore o di convenuto, senza che dal principio possa determinarsi qnale dei coeredi sia l' attore, quale il convenuto; sendochè ogni coerede può in quest'azione essere attore, avendo ognuno di essi diritto di pretendere giudiziariamente la divisione, ed ognnno de' coeredi può essere il convennto, avendo tutti l' obbligo di sottostare alla divisione medesima; perciò un tale giudizio è detto *duplex* (b).

3) Onde deriva che questa azione snppone necessariamente nelle parti la qualità di erede, e che una dell' eccezioni del reo convenuto per opporvisi è negare nell' attore la detta qualità: allora incombe l' obbligo a costui di provare la qualità negata, o incidentemente se è in possesso di tutta o parte dell' eredità, od altrimenti con la *petitio hereditatis* (c).

4) L' azione intende alla divisione dell'eredità, od anche alla prestazione di obbligazioni personali nate tra i coeredi durante la comunione; ovvero esclusivamente a queste sì prima come dopo la divisione (d). Rispetto a queste relazioni personali colui che amministrò le cose ereditarie è tenuto a prestare verso gli altri la diligenza in *suis rebus*, rendere conto esatto dell' amministrazione delle cose comuni, pagare gl' interessi trascorsi, e per converso ha diritto di essere ristorato delle spese fatte a vantaggio dell' eredità (e).

Ai pesi che gravitano sulle cose, ed ai frutti percepiti prima dell'adizione dell' eredità non si estende l' azione *familiae erciscundae*; nè può essere diretta contro colui che non ha qualità di erede (f).

(a) L. 7. si pars hered. pet. (5. 4.). — L. 2. §. 1. L. 40. 49. fin. h. t. *Ulp.* Si quarta ad aiiquem ex Constitutioue Divi Pii arrogatum deferatur, qnia bic ueque heres, neque bonornm possessor fit, utiie erit famiiiae erciscundae iudicium necessarium. *Gai.* Si ex asse heres institutus rogatus sit, mihi partem aiiquam restituere, veiuti dimidiam, utiie familiae erciscundae iudicium recte iuter nos agetur. — L. 5. C. de hered. vel act. vend. (4. 39.).

(b) L. 2. §. 3. h. t. *Ulp.* In familiae ereiscundae indicio uuusquisqne heredum et rei, et actoris partes snstinet—confr. L. 13. 14. de iudic. (5. 1.).

(c) L. 1. §. 1. h. t. *Gai.* . . . . Sed is qui possidet ueget, eum aibi coheredum esse, potest eum excindere per haue exceptiouem: *si in ea re, qua de agitur praeiudicium hereditati non fiat.* Qnodsi possideat eam partem, licet negetur esse coheres, uou uocet taiis exceptio; quo fit, ut eo casu ipse index, apnd qnem hoc iudicium agitnr, cognoscat, au coheres sit; nisi enim coheres sit, ueqne adiudicari qnidquam ei oportet, ueque adversarius ei coudemnandus est.

(d) L. 24. pr. L. 31. h. t.

(e) L. 60. pr. pro socio (17. 2.).

(f) L. 44. §. 3. L. 49. in fin. b. t. *Paul.* Fruetus, qnos ante aditam hereditatem ex fuudo hereditario beres capit, nou aliter familiae erciscundae iudicio praestare eum Iuiiauus ait, quam si, quum sciret bereditarium fundum esse, ceperit. — L. 79. §. 2. de contr. emt. (18. 1.).

5) Cessa l'azione *familiae erciscundae* quando fu già una volta esercitata: se non che quando uno de' coeredi fu assente durante la divisione, può essere nuovamente prodotta (g).

Se nella divisione sieno rimaste indivise alcune cose, si può, rispetto a queste, introdurre l' altra azione di divisione appellata *communi dividundo* (h).

6) Per ultima disposizione di Giustiniano l' *actio familiae erciscundae* si prescrive con 30 anni (i).

§. 275.

2) Della collazione.

T. G. D. de collatione (37. 6.). — De dotis collatione (37. 7.). — C. de collationibus (6. 20.).—Nov. 18. c.6.—*Pfitzer*, della collazione tra discendenti, Stutg. 1807.—*Petersen*, de coll. bon. ad hered. ab intest. restr. iuxta leges. Rom. 1825. — *Franke*, principii fondamentali della teoria romana sulla collazione dissert. civii. N. 4. pag. 174. — *Fein*, Il diritto della collazione, Heidelberga 1842.

Se alcuno fra i discendenti che ereditano abbia, durante la vita del defunto, acquistato a suo profitto qualche cosa, che senza ciò sarebbe stata compresa nel patrimonio e partita tra i successori, è notevole una disparità di condizioni nel senso che quel discendente si vantaggia delle quote che altrimenti sarebbero spettate agli altri discendenti. Per aggguagliare la condizione di ciascuno, purchè non osti la volontà del testatore, vi è l'obbligo tra i discendenti successori, per testamento o *ab intestato*, di conferire alla massa ereditaria, ed in vantaggio de'coeredi discendenti, le cose acquistate dall'ascendente durante la vita di lui. Questo istituto della collazione, introdotto dai Pretori per riguardo agli emancipati, fu modificato in seguito dai giureconsulti romani, dal diritto imperiale, e finalmente dallo stesso Giustiniano.

(g) L. 44. §. 2. h. t. *Paul.* Si coheredes absente uno coherede rem vendiderunt, et in ea re dolo malo fecerunt, quo plus ad eos perveniret, vel familiae erciscundae iudicio praestabunt ei, qui abfuit, vel hereditatis petitione.

(h) L. 20. §. 4. h. t. *Ulp.* Familiae erciscundae iudicium amplius, quam semel agi non potest, nisi causa cognita. Quodsi quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest.

(i) L. 1. §. 1. C. de ann. exc. (7. 40.). *Iustinian*....... Nemo itaque audeat neque actionis familiae erciscundae, neque communi dividundo, neque finium regundorum, neque pro socio, neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque alterius cuiuscunque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis interpretari; sed ex quo ab initio competit, et semel nata est, et non iteratis fabulis saepe recreata, quemadmodum in furti actione dicebatur, post memoratum tempus finiri.

Hanno l'obbligo alla collazione:

1) i discendenti che ereditano, di talchè cessa l'obbligo della collazione pel discendente che ripudia l'eredità;

2) secondo la Nov. 18 il discendente che succede *ab intestato*, ovvero per testamento, ma che senza il testamento sarebbe sempre il più prossimo erede *ab intestato* (a);

3) gli eredi di coloro che aveano quest'obbligo, ossia dei discendenti; nei casi di trasmissione (§. 266.) anche colui a chi si trasmise la successione (b); ma gli eredi dei discendenti vi sono tenuti quando essi hanno ereditato dal predefunto parente, ed è pervenuto nelle loro mani quanto costui doveva conferire (c).

Tutti coloro che hanno l'obbligo della collazione hanno insieme il diritto di domandarla dagli altri, ed esclusivamente se ne vantaggiano. Onde se con coloro che hanno il diritto e l'obbligo di conferire succedono altri: p. e., la vedova povera, o estranei istituiti, questi ultimi non avranno alcun vantaggio dalla collazione.

Rispetto all'oggetto è stabilito il principio che bisogna conferire alla massa ereditaria tutto ciò che può essere imputato nella porzione legittima; e specialmente possiamo ridurre l'obbligo della collazione alle seguenti cose:

a) la dote costituita per la figlia o la nipote, tanto durante il matrimonio quanto dopo lo scioglimento di esso (d);

b) la *donatio propter nuptias* (e);

(a) Nov. 18. c. 6. Illud quoque bac lege complecti pulcrum duximus; quum enim prioribus legibus constitutum esset de collationibus, ut, si parentes intestati moriantur, collationes secundum vim suam fierent, sin vero testamento facto nihil de illis dixerint, collationibus locus non esset, sed res dotis vel alio nomine datae retinerentur, et relicta vindicarentur, nos sancimus, ne talis praesumtio ullo modo locum habeat, sed sive quis decedat intestatus, sive testatus (quoniam incertum est, oblitusne eorum, quae data sunt, an perturbationem mortis pressus mentionem illius rei non fecerit), omnino collatio aequaliter fiat, uti iam constitutum est, nisi ille expresse disposuerit, se collationem fieri nolle, sed eum, qui a lege conferre cogitur, babere et id, quod datum est, et iuribus testamento delatis frui. Omnia autem, quae antea a nobis de collationibus sancita sunt, in suo robore maneant.

(b) L. 14. C. b. t.

(c) *Puchta*, Pand. §. 512. not. e. — *Mühlenbruch*, comp. §. 719. not. 14. — *Franke*, op. c. pag. 203 — *Fein*, pag. 352. — *Rosshirt*, succ. test. II. pag. 218. — *Vangerow*, pand. §. 516. in contrario — *Pfitzer*, o. c. §. 85. 92. — *Thibaut*, §. 882. — *Schweppe*, §. 862.

(d) L. 5. C. b. t. *Gordian*. Dotis quidem petitio perseverante matrimonio tibi non competebat; quamvis enim eam, intestato patre defuncto, fratri conferre debueras, non tamen eo nomine adversus maritum tibi actio potuit esse, quum eo minus in partem tibi delatae successionis patris auferre potueris.

(e) L. 17. 19. 20. C. eod. *Justinian*. De collatione vero dotis vel ante nuptias donationis, quam defuncta persona pro filio vel filia superstitibus et pro mortuo vel mortua filio vel filia dedisset, multa dubitatio orta est, superstitibus quidem filiis defunctae personae, non debere se

c) il prezzo di una milizia vendibile (f);

d) le semplici donazioni quando sieno state dal testatore imputate nella porzione legittima, ovvero quando il donatario concorre con altri discendenti, che conferiscono la dote o la *donatio propter nuptias*, quandochè il donatario non altro avrebbe a conferire che la sola donazione.

Non vanno soggette a collazione:

1) le donazioni rimuneratorie già effettuate;

2) le spese per gli studii e gli alimenti naturali e civili (g);

3) il peculio *castrense* e *quasi castrense* proveniente dal defunto (h);

4) il danàro per cui si è riscattato un figliuolo prigioniero (i).

Infine il testatore quando il voglia, può dispensare l'erede dalla collazione, purchè non venga offesa la porzione legittima degli altri; potrà al contrario imporre la collazione anche di quelle cose, che non si dovrebbero, qualora l'ordinasse nel testamento, o nell'atto di donazione (k).

5) La collazione può farsi tanto col rimettere nell'asse ereditario le cose da conferire ossia per mezzo della restituzione, quanto computandone il valore sia con l'imputarlo nella quota di colui che è obbligato a conferire, sia pagandolo a coloro che han diritto alla collazione (l). Il valore è

dotem et ante nuptias donationem, pro se datam a suo patre vel matre, conferre filiis mortui fratris sui vel mortuae sororis suae, contendentibus eo, quod nulla constitutio super huiusmodi collatione posita est, nepotibus vero mortuae personae non tantum huic resistentibus, sed etiam illud asserentibus, quod onus collationis, constitutione Arcadii et Honorii divae memoriae sibi impositum, in personis tantummodo suorum avunculorum, non etiam patruorum vel amitarum vel materterarum locum habere potest. Talem igitur subtilem dubitationem amputantes praecipimus, tam filios vel filias defunctae personae dotem vel ante nuptias donationem a parentibus suis sibi datam conferre nepotibus vel neptibus mortuae personae, quam eosdem nepotes vel neptes patruis suis aut avunculis, amitis etiam et materteris dotem et ante nuptias donationem patris sui vel matris, quam pro eo vel ea mortua persona dedit, similiter conferre, ut, commixtis huiusmodi collationibus cum bonis mortuae personae, duas quidem partes nepotes vel neptes habeant illius portionis, quae patri vel matri eorum, si superesset, deferebatur, tertiam vero eiusdem portionis partem una cum sibi competentibus portionibus filii vel filiae defunctae personae, cuius de hereditate agitur, capiant.

(f) L. 20. pr. C. h. t.

(g) L. 1. §. 16. h. t. (37. 6.). *Ulp.* Sed an id, quod dignitatis nomine a patre datum est vel debetur, conferre quis in commune cogatur, videamus. Et ait Papinianus libro tertio decimo Quaestionum, non esse cogendum; hoc enim propter onera dignitatis praecipuum haberi oportere. Sed si adhuc debeatur, hoc sic interpretandum est, ut non solus oneretur is, qui dignitatem meruit, sed commune sit omnium heredum onus hoc debitum. — L. 50. fem. ercisc. (10. 2.).

(h) L. 1. §. 15. h. t. Nec castrense, nec quasi castrense peculium fratribus confertur; hoc enim praecipuum esse oportere, multis Constitutionibus continetur.

(i) L. 17. C. de post. (8. 5.).

(k) L. 39. §. 1. famil. ercisc. (10. 2.).— L. 1. 7. 20. infin. C. h. t.—Nov. 18. c. 6.— Ved. not. (a).

(l) L. 1. §. 9. 11. 12. h. t. *Ulp.* Iubet autem Praetor ita fieri collationem, ut recte cavea-

determinato al tempo della divisione se non vi è colpa o mora di colui il quale è obbligato. Frattanto questi potrà dare cauzione pel valore da conferire mediante pegno o fideiussione nel caso che non fosse stabilito l'obbietto e modo di collazione. Il diritto di scegliere tra la restituzione materiale, o l'imputazione de'valori da conferire nella divisione spetta a chi ne ha l'obbligo (m).

6) Se le cose da mettere in collazione sono migliorate, si può ripetere il rimborso secondo le norme generali; se al contrario sono peggiorate, chi conferisce sarà tenuto per *diligentia in suis rebus* (n).

Gl' interessi sulle somme corrono dal momento della mora, e le prestazioni de'frutti dal momento della morte del testatore (o).

7) I mezzi giuridici per chiedere la collazione sono molti, applicabili secondo i casi: prima di ogni altra l'*actio familiae erciscundae;* ma se la detta azione fu già introdotta da chi ha l'obbligo della collazione, questa si domanda per mezzo di una eccezione (p). Se fu data cauzione, poichè vi è uno stipulato, l'azione sarà quella che proviene *ex stipulatu:* e da ultimo se la divisione è già compiuta senza che si sia tenuto conto della collazione, si potrà agire con la *condictio indebiti* (q).

ANNOTAZIONE

I. L'obbligo di conferire fu introdotto dal Pretore per l'emancipato in favore dei *sui heredes*; in conseguenza de' nuovi concetti che andavano riformando il sistema di successione. Imperocchè ereditando l'emancipato in concorrenza dei *sui* mercè la *bonorum possessio contra tabulas*, e mercè l'editto *unde liberi*, veniva imposto dall'equità di ponderare la diversa condizione giuridica ed economica del *suus*

tnr; caveri antem per satisdationem oportere. Pomponius ait. An pignoribns caveri possit, videamus; et Pomponius libro septuagesimo nono ad Edictnm scripsit, et reis, et pignoribus recte caveri de coiiatione: et ita ego quoque puto. §. 11. Qusmvis antem Edictum Praetoris de cautione ioquatur, tamen etiam re posse fieri coliationem, Pomponius iibro septuagesimo nono ad Edictum scripsit; aut enim re, inquit, aut cantione facienda coiiatio est. Igitur dividat, inquit, bona sua cum fratribus, et quamvis non caveat, satisfacit Edicto. Sed et si quaedam dividat, de qnibusdam caveat, aeqne dicimns, eum satisfecisse. Sed quum possint esse qnaedsm in occulto, non satis confert, qui non cavit, quamvis dividat. Si igitur constet inter partes, qnid sit in bonis emancipati, sufficiens coiiatio est divisio; si non constet, sed dicantnr quaedam non esse in commune redacta, tunc propter incertum cautio erit interponenda.

(m) L. 1. §. 12. eod.

(n) L. 1. §. 5. de dot. coii. (37. 7.). *Ulp.* Dum dos confertnr, impensarum necessariarum fit detractio, ceterarum non. — L. 1. §. 23. L. 2. §. 2. h. t. — Nov. 97. c. 6.

(o) L. 5. §. 1. de dot. coli. (27. 7.). *Popinian* Fiiia, quae soiuto matrimonio dotem conferre debuit, morsm coiiationi fecit; viri boni arbitratu cogetur usurss quoque dotis conferre, quum emancipatus frater etiam fructus conferat, et fiiia partis suae fructus percipiat.

(p) L. 16. C. h. t.

(q) L. 16. C. h. t.

e dell' emancipato: e veramente tutti gli acquisti fatti dal primo durante la vita del padre, comechè tornavano a costui, eran compresi nel patrimonio da dividere: ovechè quelli fatti dal figlio emancipato fin dal tempo dell'emancipazione eran divenuti sua proprietà libera non compresa in quel patrimonio. Concorrendo entrambi, faceva quindi bisogno, per metterli alla stessa misura, di riunire alla successione quanto l' emancipato avea acquistato un proprio suo vantaggio fino alla morte del padre: onde la collazione, governata dalle seguenti regole:

1) Solamente gli emancipati e non mai i *sui* sono obbligati alla collazione, quando vengono alla successione coll' editto *unde liberi* e con la *bonorum possessio contra tabulas*; tale obbligo secondo la regola generale è trasmesso all' erede dell' emancipato quando costui muore dopo l' *agnitio* della *bon. poss.* (r).

2) La collazione è data in favore dei *sui*; non degli altri emancipati (s).

3) È soggetto a collazione tutto il patrimonio dell'emancipato qual era al tempo della morte di suo padre, purchè non vi sia in dolo (t); non vi sono soggetti gli acquisti successivi (u).

4) Su tutto ciò che si è conferito si vantaggiano colui che conferisce, tutti gli altri *sui*, e coloro che succedono pei *sui* premorti; per costoro il vantaggio della divisione delle cose conferite è *per stirpes*; di modo che l'emancipato rispetto agli altri *sui* o a stirpi acquista sempre una porzione virile. Gli altri emancipati sono affatto esclusi: p. e. se vi fosse un solo emancipato, che concorre con uno o più *sui*, ognuno di loro prende una porzione virile sui conferimenti: se per converso concorrono più emancipati con due *sui*, ogni emancipato ritiene un terzo di quello che deve conferire, e dà a ciascuno dei *sui* un altro terzo senza badare agli altri emancipati; sicchè in definitiva i *sui* vengono ad acquistare più di ciascuno emancipato: *emancipatos non indignari oportere, si plus conferant et minus accipiant, quia in potestate eorum fuerint bonor. poss. omittere* (v). Se l' emancipato concorre co'proprii figliuoli rimasti sotto la potestà dell' avo, per la *nova clausola Iuliani* (§. 255), egli conferisce in favore de'figliuoli solo una metà e mantiene per sè l' altra metà delle cose soggette a collazione (x).

Pei principii e lo scopo di quest' istituto si fa chiaro che non sono da conferire tutti gli acquisti che non sarebbero tornati a profitto del padre, nè appartenuti alla

(r) L. 1. pr. 3. b. t. L. 1. C. h. t.

(s) L. 1. §. 24. *Ulp.* Portiones collationum ita erunt faciendae, utputa duo sunt filii in potestate, unus emancipatus habens trecenta, ducenta fratribus conferet, sibi centum; facit enim iis partem, quamvis is sit, cui conferri non solet. Quodsi duo sint filii emancipati habentes trecenta, et duo in potestate, aeque dicendum est singulos singulis, qui sunt in potestate, centena conferre, centena retinere, sed ipsos invicem nihil conferre. Dotis quoque collatio in eundem modum fiet, ut, quicunque confert, etiam suam personam numeret in partibus faciendis. L. 3. §. 2. 3. h. t.

(t) L. 1. pr. §. 23. L. 2. §. 2. *Paul.* De illis, quae sine culpa filii emancipati post mortem patris perierunt, quaeritur, ad cuius detrimentum ea pertinere debeant. Et plerique putant, ea, quae sine dolo et culpa perierint, ad collationis onus non pertinere; et hoc ex illis verbis intelligendum est, quibus Praetor viri boni arbitratu iubet conferri bona; vir autem bonus non sit arbitraturus, conferendum id, quod nec habet, nec dolo, nec culpa desiit habere.

(u) L. 6. 15. C. h. t.

(v) L. 2. §. 5. 7. L. 1. §. 24. L. 3. §. 2. h. t.

(x) L. 1. §. 13-15 de coniung. cum emanc. lib. (27.9.).—conf. L. 1. §. 16. b. t.—ved. not. (h).

sua eredità, quand' anche l' emancipato si fosse trovato sotto la patria potestà fino alla morte del genitore. Similmente le regole sulle proporzioni del *conferendum* sono congruamente modificate, quando non tutta la porzione che l'emancipato prende sull'eredità paterna è tolta al *suus:* se p. e. nel testamento vi fosse istituito un estraneo e preterito un emancipato, prevenendo questi all' eredità per mezzo della *bon. poss. contra tabulas* deve conferire solamente per quella porzione che vien tolta al *suus:* onde se il *suus* in siffatto testamento fosse istituito in $^1/_4$ e l' estraneo in $^3/_4$, l' emancipato che rivendica a sè una metà, deve conferire al *suus* solamente $^1/_4$: *pro quadrante tantum bona sua collaturum Iulianus ait, quia solum quadrantem fratri suo abstulit* (y).

Questa collazione regolata per l'emancipato nelle Pandette e nel Codice, perdè ogni importanza, per ciò che riguarda la successione *ab intestato*, dopo la Nov. 118, che mutò perfettamente il sistema di questa successione (z).

II. Così come si è esposto l'obbligo della collazione pel figliuolo emancipato era stabilito per la *sua* rispetto alla dote; concorrendo essa con altri *sui* suoi fratelli all'eredità del padre, doveva conferire non solo la dote profettizia ma ancora l'avventizia (aa). Nelle regole e nell'applicazione questa collazione è simile alla *collatio bonorum* dell' emancipato (bb) con la sola differenza che sulla collazione della dote si vantaggiano anche i figliuoli emancipati (cc).

III. A questa collazione fa riscontro quella sancita da Leone, per la quale il discendente conferisce la *donatio propter nuptias*, aggiungendo che tanto il conferimento della dote, quanto quello della donazione per nozze dovevano seguire senza riguardo alla patria potestà, anche quando l'ascendente stesso avesse costituita l'una e l' altra. Questa collazione si allontana dalle altre, nel senso che di questa non la diversità delle condizioni dei successori fu l' origine, ma l' interesse che un discendente non prendesse nella successione *ab intestato* più di un altro.

IV. Finalmente Giustiniano nella L. 20. C. h. t. decretò la nuovissima riforma di questo istituto giuridico; volle che si conferisse tutto ciò che può essere compreso nella porzione legittima, e però anche il prezzo di una *militia*, in quanto l'erede fosse arricchito nel tempo della morte dell' ascendente: come ancora la semplice donazione quando il donante non avesse dispensato il discendente dall'obbligo della collazione. Quest'ultima regola anzi diventa di massima, di guisa che la collazione, che fino a questo punto avveniva nella *bonor. poss. contra tabulas*, con la Nov. 18. c. 6. fu estesa ancora alla successione testamentaria, quando il testatore non avesse disposto il contrario.

(y) L. 1. §. 3. h. t.

(z) Ved. *Vangerow* §. 515.

(aa) L. 1. §. 7. de dot. collat. (37. 7.). — L. 4. C. h. t. *Gordian.* Filiae dotem in medium ita demum conferre coguntur, si vel ab intestato succedant, vel contra tabulas petant: nec dubium est, profectitiam seu adventitiam dotem a patre datam vel constitutam, fratribus, qui in potestate fuerunt, conferendam esse. His etenim, qui in familia defuncti non sunt, profectitiam tantummodo dotem post varias prudentium opiniones conferri placuit.

(bb) L. 3. L. 4. C. h. t.

(cc) L. 4. C. h. t. — ved. not. (aa).

§. 276.

3) Della vendita della eredità.

T. D. de hereditate vel actione vendita (18. 4.).—C. h. t. (4. 39.).—*Beseke*, de alienatione hered. ad expian. L. 2. C. de her. vel act. vend. Hal. 1774.

1) L'erede può trasferire ad altri per mezzo della vendita tutta o parte dell'eredità. Per mezzo di quest'atto si originano tali legami tra le parti che il compratore e non il venditore viene considerato come il vero erede; onde tutti i diritti e gli obblighi dell'eredità passano al compratore di essa (a); tutto ciò che dovrebbe spettare all'erede per diritto di accrescimento ricade al compratore il quale può sperimentare anche le azioni utili di eredità. Senonchè a lui punto non si devolve quello che toccherebbe all'erede per sostituzione pupillare formando questa una novella eredità (b).

2) In caso che il venditore avesse alienate le cose ereditarie prima della vendita, deve rifonderne il prezzo; ed è tenuto all'*id quod interest* se le avesse alienate dopo il contratto di vendita ma prima della tradizione (c). Egli è tenuto di evizione per l'eredità intera.

3) Se alcuna cosa fu perduta prima della vendita, il venditore sarà obbligato per dolo e colpa lata; se dopo, anche per *culpa levis*.

4) È poi conseguenza necessaria della vendita il ritorno all'erede venditore di tutti quanti quei diritti che si erano prima estinti per la confusione de' patrimonii (d).

(a) L. 2. pr. §. 3. seq. h. t. *Ulp.* Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet, quum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius, neque minus iuris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset; plane de facto suo venditor satisdare cogendus est.

(b) L. 2. §. 2. h. t. *Ulp.* Et illud potest quaeri, si etiam impuberi sit substitutus is, qui vendidit hereditatem testatoris, an etiam id, quod ex impuberis hereditate ad eum, qui vendidit hereditatem, pervenit, ex emto actioni locum faciat? Et magis est, ne veniat, quia alia hereditas est; licet enim unum testamentum sit, alia tamen atque alia hereditas est. Plane si hoc actum sit, dicendum erit, etiam impuberis hereditatem in venditionem venire, maxime si iam delata impuberis hereditate venierit hereditas.

(c) L. 6. C. h. t. *Alexand.* Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit, et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. Sed quoniam contractus fidem fregit, ex emto actione conventus, quanti tua interest, praestare cogitur. — L. 2. 7-12. L. 14. §. 1. L. 15. 21. h. t.

(d) L. 2. §. 18. 19. 20. L. 9. h. t. *Ulp.* Quum quia debitori suo heres extitit, confusione creditor esse desinit; sed si vendidit hereditatem, aequissimum videtur, emtorem hereditatis vicem heredis obtinere; et idcirco teneri venditori hereditatis, sive quum moritur testator, debuit, quamvis post mortem debere desiit adita a venditore hereditate, sive quid in diem debeatur, sive sub conditione, et postea conditio extitisset; ita tamen, si eius debiti adversus here-

A queste conseguenze della vendita dell'eredità non osta la massima *semel heres semper heres;* poichè l'erede venditore è sempre come tale reputato rispetto ai terzi; onde egli può esercitare ancora le azioni ereditarie, avendo poi, tranne i guadagni puramente accidentali, l'obbligo di restituire al compratore quanto in questo modo riscuote (e).

IV. Mezzi per la tutela del diritto di successione.

§. 277.

A. Della hereditatis petitio.

T. G. de hereditatis petitione (5. 3.). — Si pars hereditaria petatur (5. 4.). — De possessoria hereditatis petitione (5.5.).—De fideicommissaria hereditatis petitione(5.6.).— C. de petitione hereditatis (3. 31.). — *De Buchholz*, in che si distingue la *hered. pet.* dalla *rei vindicatio?* diss. civ. N. 1.

La *hereditatis petitio* è un' azione reale per cui l' erede domanda di essere conosciuto per tale, e ripete la restituzione delle cose che compongono l' eredità.

I. Spetta l' *hereditatis petitio*:

1) direttamente all' erede per diritto civile, sia testamentario sia *ab intestato* (a);

2) utilmente al *bonorum possessor* sotto nome di *possessoria hereditatis petitio* (b);

3) all' erede fedecommissario col nome di *fideicommissaria hereditatis petitio.* (c);

dem actio esse poterat, ne forte etiam ex his causis, ex quibus cum herede actio non est, cum emtore agatur. Et si servitutes amisit heres institutus, adita hereditate ex vendito poterit experiri adversus emtorem, ut servitutes ei restituantur. Sed et si quid venditor nondum praestiterit, sed quoquo nomine obligatus sit propter hereditatem, nihilominus agere potest cum emtore.

(e) L. 2. §. 7. 18. h. t. *Ulp.* Solet quaeri, an et, si quid lucri occasione hereditatis venditor senserit, emtori restituere id debeat? Et est apud Iulianum haec quaestio tractata libro sexto Digestorum, et ait, quod non debitum exegerit, retinere heredem, et quod non debitum solverit, non reputare; nam hoc servari, ut heres emtori non praestet, quod non debitum exegerit, neque ab eo consequatur, quod non debitum praestiterit. Si autem condemnatus praestiterit, hoc solum heredi sufficit, esse eum condemnatum sine dolo malo suo, etiamsi maxime creditor non fuerit is. — L. 88. de hered. inst. (28. 5.). — L. 43. §. 3. de vulg. et pup. subst. (28. 6.).

(a) L. 1 h. t. (5. 3.). *Gai.* Hereditas ad nos pertinet aut vetere iure aut novo. Vetere, e lege duodecim tabularum, vel ex testamento, quod iure factum est.

(b) L. 1. 2. de poss. her. pet. (5. 5.). *Ulp.* Ordinarium fuit, post civiles actiones heredibus propositas rationem habere Praetorem etiam eorum, quos ipse velut heredes facit, hoc est eorum, quibus bonorum possessio data est. *Gai.* Per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.

(c) L. 1-3 de fid. her. pet. (5. 6.). *Ulp.* Ex ordine occurrit actio, quae proponitur his, qui-

4) finalmente tanto all' erede universale rispetto a tutta la eredità, *universalis hereditatis petitio,* quanto all'erede parziale rispetto alla quota, *partiaria hereditatis petitio* (d).

II. L' azione è diretta contro chi possiede tutto o parte dell' eredità, ma non comunque, sibbene in modo che neghi nell' attore la qualità di erede, cioè coi seguenti titoli:

1) *Pro herede,* ossia affermandosi erede, ovvero *bonorum possessor* (e); tra i possessori *pro herede* bisogna annoverare colui, al quale fu restituita un universale fedecommesso, colui che ha comprato un'eredità o una quota di essa, e finalmente colui che possiede le cose ereditarie *dotis causa* (f).

2) *Pro possessore,* ossia non avendo nessun titolo legale di possesso; *possideo quia possideo.*

In questa categoria vanno coloro, che spontaneamente si sieno impossessati delle cose ereditarie lasciate senza rappresentanti, sia perchè così vollero, sia pure perchè credevano di avervi buon diritto; poichè anche in quest'ultimo caso non è lecito di appropriarsi le cose per sola autorità propria dopo la morte del testatore. Per la qual cosa anche il proprietario che si fosse messo per propria autorità nel possesso di alcuna cosa posseduta dal defunto è obbligato nel giudizio di *hered. pet.* di restituirla al vero erede, senza poter far uso dell'*exceptio dominii;* vero è che dopo può esercitare a volta sua la *rei vindicatio* contro l'erede, come avrebbe potuto contro il testatore (g). Similmente dev'essere considerato come possessore a questo titolo colui, che tolse di propria autorità il possesso al defunto stesso (h); come ancora chi rispetto ad un terzo possessore

bus restituta est hereditas. Nam quisquis suscepit restitutam hereditatem ex Senatusconsulto, ex quo actiones transeunt, fideicommissaria hereditatis petitione uti poterit. *Paul.* Quae actio eadem recipit, quae hereditatis petitio civilis.

(d) Ved. tit. D. si pars her. pet. (5. 4.).

(e) L. 11. 20. §. 13. h. t. (5. 3.). *Ulp.* Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur; et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri; quo iure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. §. 1. Pro possessore vero possidet praedo.

(f) L. 13. §. 4. 6. 8-10. L. 20. §. 13. h. t. *Ulp.* Licet autem Senatus de his locutus sit, qui se heredes existiment, tamen etsi bonorum possessores se existiment, vel alios successores iustos, vel sibi restitutam hereditatem, in eadem erunt conditione.

(g) L. 11. §. 1. L. 12. 13. pr. h. t. L. 3. C. quorum bon. (8. 2.).

(h) L. 14. §. 2. quod met. caus. (4. 2.). *Ulp.* In causae autem cognitione versatur, ut, si alia actio non sit, tunc haec detur; et sane quum per metum facta iniuria anno, et quidem utili, exoleverit, idonea esse causa debet, ut post annum actio haec dari debeat. Alia autem actio esse sic potest: si is, cui vis admissa est, decesserit, heres eius habet hereditatis petitionem, quoniam pro possessore, qui vim intulit, possidet; propter quod heredi non erit metus causa actio, quamvis, si annus largiretur, etiam heres in quadruplum experiri possit. Ideo autem successoribus datur, quoniam et rei habet persecutionem.—L. 6. §. 5. L. 22. §. 1. de act. rer. amotor. (25.2.).

s'impossessa delle cose appartenute all'eredità sia per azione illegale, sia per atti giuridici nulli di diritto (i); ovechè se ne avesse tolto il possesso in contraddizione del vero erede, non potrebbe nuocergli *hereditatis petitio.*

3) È equiparato a possessore sia *pro herede* sia *pro possessore* l'erede di chi tenne il possesso con uno di questi titoli, senza tener conto del proprio *animus* di questo erede (k).

4) Finalmente l'azione ereditaria può essere esercitata contro il *fictus possessor* (l), a riguardo del quale sono applicabili i principii osservati nella teoria della *rei vindicatio* (§. 172.).

III. Quanto all'obbietto del possesso del convenuto bisogna che questi possegga cose ereditarie, indipendentemente se il defunto stesso le avesse avute nel suo patrimonio, o fossero entrate dopo nell'eredità, ovvero fossero state tenute semplicemente (m). In generale non si richiede che dal convenuto fossero possedute le cose appunto, purchè ne fosse posseduto il surrogato; onde un credito dell'eredità attribuitosi dal convenuto, il prezzo dell'eredità venduta può essere secondo questo principio validamente rivendicato per mezzo della *hereditatis petitio* (n); similmente può essere convenuto con quest'azione colui che come primo possessore acquistò azioni giuridiche rispetto alle cose ereditarie (o), e lo stesso de-

(i) L. 13. pr. §. 1. *Ulp.* Omnibus etiam titulis hic *pro possessore* haeret et quasi iniunctus est. Denique et *pro emtore* titulo haeret; nam si a furioso emero sciens, pro possessore possideo. Item in titulo *pro donato* quaeritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus? Et placet nobis Iuliani sententia, pro possessore possidere eum; et ideo petitione hereditatis tenebitur. Item *pro dote* titulus recipit pro possessore possessionem, ut puta si a minore duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens accepi. Et si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti, utique pro possessore possidebo. — L. 16. §. 4. h. t.

(k) L. 13. §. 3. h. t. *Ulp.* Neratius libro sexto Membranarum scribit, ab herede peti hereditatem posse, etiamsi ignoret, pro herede vel pro possessore defunctum possedisse. Idem esse libro septimo ait, etiamsi putavit heres eas res ex hac hereditate esse, quae sibi delata est.

(l) L. 13. §. 13. 14. h. t. *Ulp.* Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. Et videndum, si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur? Et Celsus libro quarto Digestorum scribit, ex dolo eum teneri; dolo enim facere eum, qui se affert petitioni. Quam sententiam generaliter Marcellus apud Iulianum probat, qui se affert petitioni, quasi possidentem teneri. §. 14. Item si quis dolo fecerit, quominus possideat, hereditatis petitione tenebitur.

(m) L. 19. §. 2. h. t. *Paul.* Veniunt et hae res in hereditatis petitionem, in quibus possessor retentionem habuit, non etiam petitionem; veluti si iuraverat defunctus, petitoris rem non esse, et decesserit, debent hae quoque restitui. Imo et si possessor sua culpa eas amiserit, tenebitur hoc nomine. Idemque erit et in praedone, licet hic propter culpam non teneatur, quia nec hic debet has res retinere.

(n) L. 16. §. 1. h. t. *Ulp.* Sed et is, qui pretia rerum hereditariarum possidet, item qui a debitore hereditario exegit, petitione hereditatis tenetur.

(o) L. 16. §. 4. 5. 7. h. t. *Ulp.* Idem Iulianus scribit, si quis ex causa fideicommissi restituerit hereditatem, vel singulas res praestiterit, peti ab eo hereditatem posse; quia habet con-

bitore, se nega la soddisfazione del debito, perchè crede essere egli il vero erede; ove se nega la detta soddisfazione perchè soltanto non riconosce la qualità di erede nell'attore, dev'essere convenuto non con l'*hereditatis petitio*, ma con l'azione nascente dal contratto (p).

L'*her. pet. partitaria* poi può essere esercitata anche contro il coerede che possiede la parte spettante all'attore disconoscendone la qualità di erede (q).

I mezzi di pruova di questa azione si possono ridurre ai seguenti. L'attore deve provare:

1) la morte del testatore, non potendosi ereditare da una persona vivente;

2) il suo diritto successorio, e per conseguenza è da osservare:

a) Se il suo diritto viene da testamento, l'attore deve provare l'istituzione dell'erede, e se questa è sottoposta ad una condizione, l'adempimento di essa. La pruova di un testamento nuncupativo si fa con la testimonianza dei testimoni presenti alla sua compilazione; di un testamento scritto o anche nuncupativo, ma steso in iscritto, con l'esibizione del documento, potendosene, in caso di dubbio, provare l'autenticità per mezzo de' testimoni o con altro mezzo di pruova (r). Se il documento si fosse perduto, o distrutto senza saputa o volontà del testatore, se ne può provare il contenuto mediante altri mezzi di pruova (s).

D'altra parte il convenuto dovrebbe provare per opporsi all'azione, la mancanza totale o la nullità del testamento (t).

dictiouem earum, quae ennt ex ea eausa solutae, et veluti iuris possessor est. Sed et si pretia rerum, quas distraxit, ex eeusa fideicommissi eolvit, peti bereditatem ab eo posse, quia repetere potest. Sed bie casibue actiones sues duutaxat eum praeetiturum, quum et res extant, et potest petitor etiam per in rem actiouem eas vindirare.

(p) L. 13. §. ult. L. 14. 15. 42. h. t. *Ulp.* Si debitor bereditarius uon ideo nolit solvere, quod se dicat beredem, sed ideo, quod neget, aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur hereditatie petitione.

(q) L. 1. §. 1. 4. ei pers ber. pet. (5. 4.). *Ulp.* Quiuimo ei duo possideaut hereditatem, et duo sint, qui ad se partes pertinere dicant, non singuli a siugulis petere contenti esse debeut, puta primus a primo, vel secuudus a secundo, sed ambo a primo, et ambo a secundo; neqoe enim alter primi, alter secundi partem possidet, eed ambo utriusque pro berede. Et si possessor et petitor possideaut hereditatem, quum unusquisque eorum pertem dimidiam hereditatis sibi asserat, invicem petere debebunt, ut partes rerum consequautur, aut si controversiam sibi non faciuut hereditatis, familiae erciscundae experiri eos oportebit.

(r) L. 32. C. de fideicom. (6. 42.). — L. 4. 7. de test. quem. aper. (29. 3.).

(s) L. 2. 11. C. de test. (6. 23.). *Diocl.* et *Maxim.* Non idcirco miuus iure factum testamentum suas obtinet vires, quod post mortem testatoris subtractum probatur. — L. 10. §. 2. de test. quem. aper. (29. 3.). — L. 1. §. 3. de bis quae in testam. (28. 4.). — Confr. L. 1. §. 3. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.).

(t) L. 11. C. de prob. (4. 19.). *Diocl.* et *Maxim.* Si scriptum beredem ab amita tua vel testamenti vitio vel quacunque alia ratione non posse obtinere hereditatem, probari a te posse

b) Se l'attore invoca la successione *ab intestato*, deve dimostrare l'esistenza di quelle relazioni col defunto, per le quali egli può essere tenuto come un erede *ab intestato;* e se il convenuto potrebbe essere considerato anche come erede legittimo, l'attore deve dimostrare che appartiene ad un ordine di successori preferito. Dall'altra parte il convenuto a questo rignardo dovrebbe provare l'esistenza di un testamento, ovvero che l'attore è di un ordine al suo posposto.

3) In caso che l'attore propone la *hereditatis petitio* per una parte dell'eredità, deve provare la quantità della porzione (u): se questa è incerta, perchè, ad esempio, si aspetta la nascita di un postumo, la divisione viene ammessa come certa, determinandosi la porzione come se fosse nato veramente il postumo; e se è possibile la concorrenza di un postumo di diversa madre, l'*hereditatis petitio* può essere ancora proposta per una incerta porzione ereditaria (v).

4) Finalmente l'erede in caso di opposizione deve provare che il convenuto possiede *pro herede o pro possessore*.

Con l'azione dell'*hereditatis petitio* l'erede si propone lo scopo di essere conosciuto come erede universale in tutto o in parte, e di mettersi in possesso delle cose ereditarie, o di quella parte che spetta alla sua quota. Onde, vinta la lite, l'attore irrevocabilmente è riconosciuto quale erede, ed il reo è condannato alla restituzione delle cose dell'eredità in tutto o in parte. A questo riguardo è uopo osservare:

È regola generale, che il possessore di buona fede non deve ritrarre nessun vantaggio dalle cose possedute in pregiudizio del vero erede, ma non deve riceverne danni patrimoniali; onde è obbligato di restituire al vero erede solamente quello che accresce il suo patrimonio, ossia lo arricchisce per conseguenza del possesso dell'eredità. Il possessore di mala fede al contrario non solo non deve ritrar guadagno dal possesso dell'eredità, e restituire i lucri al vero erede, ma ancora rimborsare quanto l'e-

confidis, dc hac hereditate apnd rectorem provinciae agerc potes.—Confr. L. 22. eod. (22. 3.).— L. 5. C. dc codicili. (6. 36.).

(u) L. 2. si pars bered. (5. 4.). *Gai.* Si ex piuribus, ad quos eadem bereditas pcrtinet, quidam adierint, quidam adhuc deliberent, eos, qni adierint, si petant bercditatem, non maiorem partem petere debere, qnam habituri essent ceteris adenntibus; nec iis proderit, si ceteri non adierint. Non adeuntibus autem ceteris potcrunt, tunc partes corum peterc si modo ad eos pertincrent.

(v) L. 1. §. 5. L. 2. 5. eod. *Ulp.* Interdum Practor incertae partis hereditatis petitionem induiget idoncis causis intervenientibus; nt pnta, est defuncti fratris filius, sunt et uxores defunctorum fratrum praegnantes, quam partem fratris filius hereditatis vindicet, incertnm est, qnia, qnot edantur fratrum defuncti filii, incertnm est. Aequissimnm igitur est, incertae partis vindicationem ei concedi. Non audenter itaque dicitur, ubicunqne merito quis incertus est, quam partem vindicet, debere ei incertac partis vindicationem concedi.

rede avrebbe conseguito, se non gli fosse stato fin dal principio per mala fede impedito il possesso dell'eredità (x). Dalla contestazione della lite in poi il possessore di buona fede risponde nella misura stessa che quello di mala fede, se non che non è tenuto, come questi sarebbe, per le conseguenze di un caso fortuito (y).

Volendo applicare queste massime alle fattispecie, consegue che:

1) Perciò che concerne la restituzione de'frutti, il possessore di buona fede è obbligato a restituire i frutti *extantes;* quanto ai frutti consumati e agli interessi del denaro, è obbligato a restituire ciò di cui si dimostra arricchito (z). Il possessore di mala fede al contrario deve restituire i frutti *percepti*, e rimborsare i *percipiendi* (aa); rispetto agl' inte-

(x) L. 20. §. 6. b. t. *Ulp.* Praeter haec mnlta reperimus traetata et de petitione hereditatis, de distraetis rebus bereditariis, de dolo praeterito, et de fruetibus; de quibus quum forms Senatusconsulto sit data, optimum est ipsius Senatusconsulti interpretationem facere verbis eius relatis: *Pridie Idus Martias Quintus Iulius Balbus et Publius Iuventius Celsus, Titius Aufidius, Oenus Severianus Consules verba feeerunt de his, quae Imperator Caesar Traiani Parthici filius, divi Nervae nepos, Hadrianus Augustus Imperator maximusque Prineeps proposuit quinto nonas Martias, quoe proximae fuerunt, libello complexus esset, quid fieri ploeeat. De qua re ita censuerunt: cum, antequom partes caducae ex bonis Rustici fiseo peterentur, hi, qui se hersdes esss existimant, hersditatem distraxerint, placere, rsdactoe ex prstio rerum venditarum peeuniae usuros non esss exigendas. Idemque in similibus causis servandum. Item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si adversus eos iudieatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum prrvsnissent, et si eae ante pstitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere. Item eos, qui bona invasissent, eum seirent ad ss non pertinere, etiamsi ants litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent; eos autem, qui iustas eausas habuissent, quors bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxot, quo loeupletiores ex ea re facti essent. Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempors existimandum esse, quo primum seierit quisque eam a se peti, id est, cum primum aut denuntiatum esset si, aut litteris, vel edieto evoeatus esset, censuerunt.* Aptanda est igitur nobis singulis verbis Senatusconsulti congruens interpretatio.

(y) L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. L. 31. §. 3. h. t. *Ulp. Si ante litem contestatam,* Inqnit, *feeerint;* hoe ideo adiectnm, quoniam post litem contestatam omnes ineipiunt malae fidel possessores esse, quinimo post controversiam motam. Quamqnam enim litis contestatae mentio fist in Senatusconsulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares finnt, et quasi praedones tenentnr. Et boc inre hodie ntimur; coepit enim seire, rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatnr; qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitnr; hic est enim dolus praeteritns.

(z) L. 20. §. 6. L. 23. 30. b. t. *Paul.* Iulianus scribit, actorem eligere debere, ntrom sortem tantum, an et usnras velit cum perienlo nominnm agnoscere. Atqui secnndnm boc non observabimns, quod Senatus volnit, bonae fidei possessorem teneri, quatenus locupletior sit; qoid enim, si pecnniam eligat actor, qnae servari non potest? Dicendum itaqne est in bonae fidei possessore, haec tantummodo enm praestare debere, id est vel sortem et usuras eius, si et eas perceepit, vel nomina cum eorum eessione in id facienda, quod ex bis adbnc deberetur, periculo scilicet petitoris.

(aa) L. 25. §. 4. L. 40. §. 1. h. t. *Ulp.* Sed et fructus, non qnos perceperint, inqnit, sed quos pereipere debnerint, eos praestitnros.

ressi risponde solamente per quelli *percepti* (bb); nello stesso tempo è obbligato ancora a pagare gl'interessi del danaro esistente presso lui e ritirato da un mutuo ad interesse, ed il prezzo delle cose vendute (cc).

2) Perciò che riguarda la perdita delle cose ereditarie, ovvero la deteriorazione del loro valore, il possessore di mala fede è tenuto non solo per ogni colpa, ma ancora pel caso fortuito (dd). Dall'altra parte il possessore di buona fede prima della contestazione della lite non è tenuto che per dolo, e dopo è obbligato per ogni colpa (ee).

3) In caso che il possessore dell'eredità avesse pagato i creditori ed i legatarii prima di essere introdotta l'*hereditatis petitio*, bisogna distinguere:

a) Se ha pagato i debiti della eredità il possessore di buona fede, è regola, che non ostante il pagamento l'erede non è liberato dall'obbligazione ed al possessore spetta la *condictio indebiti*. In questo caso il possessore dell'eredità può, restituendola, ritenere per sè quel tanto che gli rimborsi la somma pagata ai creditori, cedendo all'erede la sua *condictio indebiti;* se quest'azione non fosse ceduta, l'erede si oppone all'azione del creditore, che chiedesse novellamente la soddisfazione del credito con la *exceptio doli:* e con la stessa eccezione il creditore si oppone al possessore, il quale, quantunque avesse ritenuta la somma pagata, proponesse contro lui la *condictio indebiti* (ff).

Quando il possessore di buona fede abbia pagato i legatarii, e sia dopo convenuto con la *heredit. petit.*, s'egli non ha chiesto cauzione dal

(bb) L. 28. b. t. *Paul.* Post Senatusconsultum omne lucrum anferendum esse tam bonae fidei possessori, quam praedoni, dicendum est. — Conf. L. 20. §. 14. eòd.

(cc) L. 20. §. 12. L. 51. §. 1. b. t. *Papinian.* Fructuum post hereditatem petitam perceptorum usurae non praestantur. Diversa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxerunt. — L. 1. §. 1. C. h. t.—L. 1. C. de his. quib. ut ind. (6. 55.).

(dd) L. 31. §. 4. h. t. — Ved. not. segu.

(ee) L. 25. §. 11. L. 31. §. 3. L. 40. pr. h. t. *Ulp.* Sicut autem sumtum, quem fecit, deducit, ita si facere debuit, nec fecit, culpae huius reddat rationem, nisi bonae fidei possessor est; tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subiectus est ante petitam hereditatem, postea vero et ipse praedo est. Illud plane praedoni imputari non potest, cur passus est debitores liberari et pauperiores fieri, et non eos convenit, quum actionem non habuerit.

(ff) L. 31. pr. b. t.—L. 19. §. 1. de condict. indeb. (12.6.).—L. 38. §. 2. de solut. (46.3.). *Ulp.* Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit, quamquam ipso iure non liberaverit petitorem hereditatis; nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. Et ideo Iulianus libro sexto Digestorum scribit, ita id imputaturum possessorem, si caverit, a se petitorem defensum iri. Sed an et bonae fidei possessor debeat defendendum cavere, videndum erit, quia in eo, quod solvit, non videtur locupletior factus, nisi forte habeat condictionem. Et hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere; finge enim eum, dum se heredem putat, solvisse suo nomine. Et videtur mihi Iulianus de solo praedone, ut caveat, sensisse, non etiam de bonae fidei possessore; condictionem tamen praestare debebit. Sed et petitor, si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debebit.

legatario, avrà solo un'azione per la restituzione; ma posto ch' egli non possa più giovarsene, p. e. il legatario è divenuto insolvente, per un Senatoconsulto di Adriano il possessore di buona fede potrà rimborsarsi con la ritenzione delle cose ereditarie cedendo la sua azione di restituzione all'erede.

b) Se al contrario pagò i creditori della eredità il possessore di mala fede, anche in questo caso il vero erede non è liberato, ma al possessore non spetta la *condictio indebiti*, perchè questi non pagò per errore, ma consapevole di non essere egli l'erede (gg). Da ciò nasce che l'erede attore allora solamente deve consentire al possessore di mala fede il rimborso di quello che pagò ai creditori della eredità, quando costui presti la cauzione *a se petitorem defensum iri* (hh); in virtù della quale cauzione, se il creditore novellamente chiede in giudizio la somma del credito dall'erede, deve il possessore di mala fede in qualità di procuratore *in rem suam* assumere la lite, ed opporsi all'azione del creditore da lui soddisfatto con l'*exceptio doli*, tanto se l'avesse soddisfatto dalle cose ereditarie, quanto se l'avesse soddisfatto *ex propriis* (ii). Se al contrario il possessore di mala fede pagò un debito putativo, l'erede non è tenuto a rimborsarlo, ma si lascia a tutto rischio e fortuna di lui ripetere l'indebito.

In caso che si fossero vendute le cose ereditarie dal possessore di buona fede, questi è tenuto alla restituzione del prezzo in quanto ne fu arricchito (kk). La vendita al contrario effettuata dal possessore di mala fede, se per necessità, dà diritto all' erede di chiedere la restituzione di tutto il prezzo ricavato; se senza necessità, gli dà diritto di chiedere non solo questa restituzione ma anche il rimborso di quel maggior prezzo che potrà determinarsi per mezzo del giuramento estimatorio; ovvero di chiedere la cosa stessa venduta dal compratore e da qualunque terzo che la possegga (ll).

(gg) L. 1. §. 1. de cond. indeb. (12. 6.).

(hh) L. 31. pr. h. t. — Ved. not. (ff).

(ii) L. 75. de R. J. (50. 17.).

(kk) L. 22. 23. pr. 25. §. 11. h. t. *Paul.* Si et rem, et pretium habeat bonae fidei possessor, puta quod eandem rem emerit, an audiendus sit, si velit rem dare, non pretium? *In praedone* dicimus electionem esse debere actoris. An hic magis possessor audiendus sit, si velit rem tradere, licet deteriorem factam, non petitor, si pretium desideret — quod inverecundum sit tale desiderium, — an vero, quia ex re hereditaria locupletior sit, et id, quod amplius habet, ex pretio restituere debeat, videndum. Nam et in Oratione Divi Hadriani ita est: *Dispicite, Patres conscripti, numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit, reddere, quia potest existimari, in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum.* Oportet igitur possessorem et rem restituere petitori, et quod ex venditione eius rei lucratus est. — ved. not. (ee).

(ll) L. 20. §. 2. 12. 21. L. 33. §. 1. L. 36. §. 3. h. *Ulp.* Restituere autem pretia debebit

VI. Durante il giudizio dell'*hereditatis petitio* fu questione presso gli antichi giureconsulti romani se i creditori e i legatarii dovesse rivolgersi al *petitor*, o al possessore. Giustiniano la decise in questo modo:

1) I legatarii possono rivolgersi all' erede, il quale deve, assicurato da una cauzione, soddisfar loro i legati (mm). Se l' erede succombe, i legatarii per conseguenza della cauzione debbono restituire le somme ricevute col 3 °/₀ d' interesse, e le cose coi frutti (nn).

2) I creditori possono rivolgersi tanto all' erede quanto al possessore per la restituzione di un *genus* o di una quantità; ma per la restituzione di una cosa speciale devono rivolgersi al possessore. Se chi ha pagato è condannato nel giudizio ereditario, ha il diritto di ritenzione fino al rimborso, ovvero in alcuni casi l' *actio negot. gestor.* Se è il *petitor*, il giudice nella sentenza della *hered. petit.* provvede ch'egli venga rimborsato della somma pagata ai creditori, e in mancanza gli si concede l'*actio negotiorum gestorum*, o la *condictio ex lege* (oo).

possessor, etsi deperditae sunt res, vel deminutae. Sed utrum ita demum restituat, si bonae fidei possessor est, an et si malae fidei? Et si quidem res apud emtorem extent, nec deperditae, nec deminutae sunt, sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor, aut si recipere eas ab emtore nullo modo possit, tantum, quantum in litem esset iuratum. At ubi deperditae sunt et deminutae, verum pretium debet praestari, quia, si petitor rem consecutus esset, distraxisset, et verum pretium rei.

(mm) L. ult. C. h. t. *Iustinian.* Quum hereditatis petitioni locus fuerat, exceptio assumebatur, quae tuebatur hereditatis petitionem, *ne fieret ei praeiudicium.* Magnitudo etenim et auctoritas centumviralis iudicii non patiebatur, per alios tramites viam hereditatis petitionis infringi. Quumque multae varietates et controversiae veterum exortae sint, eas certo fine concludentes, sancimus, si quis hereditatis petitionem vel susceperit, vel suscipere sperat, vel movere, alius autem superveniens vel ex deposito, vel ex legato, vel ex fideicommisso, vel ex aliis causis inquietare vel reum vel agentem ex persona defuncti crediderit sibi esse necessarium, si quidem pro legato vel fideicommisso hoc faciat, rem expeditae quaestionis esse, quum possit scriptus heres cautione interposita non differre hanc petitionem, sed recte exegi vel legatum vel fideicommissum sub ea cautela vel satisdatione, pro qualitate personarum, quod, si non obtinuerit eius iura, restituet legatarius vel fideicommissarius ei datam pecuniam cum usuris ex quarta centesimae parte currentibus, vel agrum cum fructibus, quos percepit, vel domum cum pensionibus, scilicet in utroque eorum expensis antea necessariis et utilibus de ductis; vel, si ipse maluerit litem quidem contestari, exspectare autem hereditatis petitionis eventum, hoc ei liceat facere, ut restitutio, si competeret, cum legitimis augmentis legatario vel fideicommissario accedat.—conf. L. 48. §. 1. de legat. (31.).—L. 3. §. 6. seq. L. 4. 8. si cui plus quam per leg. Falc. (35. 3.). — L. 9. C. de legat. (6. 37.).

(nn) L. ult. C. cit. — ved. not. preced.

(oo) L. ult. C. cit. §. 1. *Iustinian.* Sin autem ex contractibus defuncti agatur contra possessorem hereditatis vel eius rei, de qua agitur, si quidem res sint vel depositae, vel commodatae, vel pignori datae, vel aliae, quae exstant, non differri sub praetextu hereditatis petitionis memoratum iudicium, quemadmodum si pro foenerata pecunia vel alia personali actione agatur contra possessorem vel petitorem, non debet iudicium differri, sed exitum suum accipere. Postquam enim hereditatis petitionis iudicium finem accipiat, tunc inter petitorem hereditatis et possessorem rationibus contractis non aliter possessor, si victus fuerit, hereditatem restituere

Se poi è il fisco che pretende l' eredità, l' azione del creditore ereditario è vietata fino a causa finita; nè questo privilegio fu abolito dalla legge di Giustiniano che decise solo dei casi prima controversi (pp).

3) Le manomissioni dirette e testamentarie restano in *suspenso* per un anno dalla morte del testatore; ma se dopo questo tempo il litigio non non cessa, gli schiavi diventano liberi (qq).

ANNOTAZIONE

(1) Rispetto alle parti di questa azione *Fabricius* presenta una nuova teoria e stabilisce come caratteristica della *hereditatis petitio* di poter essere proposta solamente contro colui, il quale s' impossessa di una eredità non ancora posseduta dal vero erede, *qui rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, possederit* (rr). Chiunque s' impossessa delle cose ereditarie ha convincimento o di esserne proprietario, o di non esserne; il primo è il caso del possesso *pro herede* cioè di buona fede, il secondo quello del possesso *pro possessore* ossia di malafede; nel secondo sarebbe indifferente il motivo che ha indotto al possesso delle cose ereditarie, poichè il solo convincimento di essere l'erede può farlo considerare di buona fede. Per la qual cosa l' *hereditatis petitio* non sarebbe ammessa: 1) quando il testatore durante la sua vita fosse uscito dal possesso delle cose che l' altro possiede; 2) quando un debitore della eredità non soddisfa la sua obbligazione, per la pretensione di essere erede; 3) quando lo stesso erede abbia perduto il possesso della cosa ereditaria, e finalmente 4) quando l'attuale possessore non si sia impossessato della cosa lontana dalla eredità per proprio volere, ma sia successore singolare dell'originario possessore. In tutti questi casi l'erede deve valersi delle azioni ordinarie (*rei vindicatio*, *actio publiciana*, interdetti possessori, o azioni personali); nei due primi casi delle medesime azioni, che spettavano al testatore durante la sua vita (ss).

Il concetto fondamentale di questa novella teoria è che l' *hereditatis petitio* sta quando manchi una azione propria, e poichè nei quattro casi summentovati sono possibili altre azioni, cessa l' *hereditatis petitio*.

Tutta questa dottrina non ha gran fondamento, e considerando profondamente

compellitur, nisi pro omoibos, quae rite ab eo gesta snot, petitor ei satisfaciat. Quodsi petitor victus fuerit, aimili modo a possessore indicis officio ei satisfiat, vel, si hoc fuerit praetermissum, negotiorum gestorum vel ex lege condictione.

(pp) L. 35. de iur. fisci (49. 14.).

(qq) L. ult. cit. §. 2. *Iustinian.* Sio aotem libertates vel a possessore vel a petitore fideicommissariae petantur, vel directae ipso iure dicantur competere, annale taotommodo spatiom exspectetor a morte testatoris nomerandum. Et si qoidem bereditatis petitionis iodicium intra id spatiom termioum accipiat, secundnm eventum iudicii et libertates vel effectnm babeaot, vel evaoescant. Sin autem tempos annale emanaverit, tunc libertatis favore et bumanitatis iotuitu competant qoidem directae libertates, ex fideicommissariis aotem io libertatem servi eripiantur, ita tamen, si noo falsum testamentum approbetur; snb ea scilicet conditione, ut, si actores aiot vel alias ratiociniis suppositi, etiam postquam perveoiant io libertatem, necessitas eis imponatur res bereditarias et ratiooes reddere; iure patronatus videlicet competente ei, qui ex legibus ad id possit vocari.

(rr) *Gai.* Inst. II. §. 52.

(ss) *Fabricius*, osservazioni sulla teoria della B. P. nel Museo del Reno IV. pag. 165.

il carattere e lo scopo della *hereditatis petitio* si scorgerà facilmente che due dei quattro casi, che *Fabricius* esclude da questa azione, ossia il 1.° ed il 3.°, le appartengono perfettamente. Imperocchè partendo dal principio che la *hered. pet.* è una *hereditatis vindicatio*, ed ha lo scopo di far riconoscere il diritto ereditario rispetto a colui che nel fatto lo nega, è inconcepibile come non se ne possa far uso per quelle cose le quali sono uscite dal possesso durante la vita del testatore, ovvero per quelle che l' erede stesso abbia avuto prima nel suo possesso. Invece essendo possibile che il possesso di quelle cose stia in contraddizione del diritto dell' erede, non si può negare l'*hereditatis petitio:* si ponga il caso che un ladro avesse rubato qualche cosa al testatore, e dopo la morte di lui l' avesse restituita ad un erede putativo, perchè il vero erede non potrà estendere la sua *hered. pet.* anche a questa cosa, ma deve adoperare l' azione speciale? ovvero se il vero erede, dopo di essersi messo in possesso delle cose ereditarie, ne avesse dato parte ad un erede putativo, dopo di essersi ricreduto dall' errore, non potrebbe secondo quella teorica, proporre l' *hered. petit.* per la sola ragione, che le cose erano già state da lui possedute, ovechè in questo caso chi potrebbe senza preoccupazioni negargli l' azione medesima?

Nè l' autorità delle leggi è meno chiara contro la teoria del *Fabricius* riguardante sia l'uno che l'altro caso esclusi da quest'autore (tt). Il *Fabricius* malamente argomenta dal testo citato di Gaio, poichè sotto quelle parole s' intende solamente il possessore *pro herede*; e malamente dall' altro dello stesso Gaio IV. §. 144 e nel §. 3. Inst. de interd. (4. 15.), perchè le limitazioni ivi dettate si riferiscono all' interdetto *Quorum bonorum*, il quale essendo un interdetto *adipiscendae possessionis* suppone necessariamente, che le cose non fossero per l' innanzi possedute dall' erede (uu).

(2) Non è senza interesse in questa teoria di considerare più da vicino la relazione che vi è tra la *hereditatis petitio* e le singolari azioni nascenti dalla eredità. Messo il principio generale che tutte le relazioni giuridiche del defunto si trasmettono all' erede, nasce la conseguenza, che nel medesimo tempo tutte le azioni singolari si trasmettono con l' insieme del patrimonio, siano reali o personali. Quando però colui contro il quale si sperimenta una di queste azioni singolari è ancora il legittimo contraddittore dell' *hereditatis petitio*, ossia quando è per esempio possessore *pro herede* o *pro possessore*, egli può opporre contro ciascuna delle azioni particolari l'eccezione pregiudiziale *quod praeiudicium hereditati non fiat* (vv). Quantunque una tale eccezione pregiudiziale originasse dallo speciale ordinamento dei giudizii presso i Romani, in quanto che la petizione dell' eredità era di competenza del tribunale centumvirale e le azioni singolari non già, non mancano per essa delle ragioni intrinseche. Di vero quando l'attore propone il giudizio con una azione singolare prima di sperimentare la *hereditatis petitio*, la condizione del convenuto può peggiorarsi, essendochè gli obblighi nascenti dalle singolari azioni pel convenuto, sono differentissimi da quelli che nascono dalla *hereditatis petitio*. Sopra quest' argomento bisogna osservare che:

(tt) Ved. L. 14. §. 2. quod. met. caus. (4. 2.). — L. 6. §. 5. L. 22. §. 1. de act. rer. amot. (25. 2.). — L. 29. L. 33. §. 1. de usurp. et usuc. (41. 3.). — L. 19. §. 1. L. 44. h. t.

(uu) Ved. *Arndts* del carattere e scopo della her. pet. pag. 1. — *Vangerow* Pand. §. 505.

(vv) *Gai.* IV. §. 133. L. 5. §. 2. h. t.

1) Dal momento che nasce il giudizio sulla *hered. petit.* cessa l' eccezione pregiudiziale, e propriamente della contestazione della lite. « Si post litem de heredi- « tate contestatam res singulae petantur, placet, non obstare exceptionem: *quod* « *praeiudicium hereditati non fiat*, futuri enim iudicii non facti nomine huiusmodi « exceptiones comparatae sunt ». Pare da questo passo di Giuliano che dopo contestata la lite sulla *her. pet.* l'erede propone senza opposizione da parte del convenuto le azioni singolari e manca lo scopo dell' eccezione, di evitare cioè un peggioramento di condizione nel convenuto. Alcuni hanno alterato il testo cancellando la parola *contestatam*, e sostituendovi *concertatam*; altri al contrario espongono il testo di Giuliano nel senso che quando la *maior causa* (*hered. pet.*) sia stata sperimentata fino alla *litis contestatio*, l' esercizio della *minor causa* non può essere sospeso da una simile *praescriptio*, ma naturalmente il magistrato non pronunzia la sentenza che dopo deciso il giudizio della *hered. petitio* (vv). Nè l' una nè l' altra di queste opinioni è soddisfacente; poichè non si deve conchiudere pel testo di Giuliano, che dopo la lite ereditaria contestata, l' attore possa senza opposizione da parte del convenuto esercitare le azioni singolari nascenti dalla eredità; ma bensì che dopo quel punto l'eccezione pregiudiziale, necessaria prima della contestazione della lite, sia resa inutile, essendochè il convenuto ha in suo potere altre eccezioni da opporre; in effetti egli potrà ostare all' azione singolare dell' attore con l' *exceptio rei in iudicium deductae* o con l' eccezione della lite pendente, giacchè con la petizione della eredità è stata proposta in giudizio ciascuna ragione ed azione nascente dalla successione (xx).

2) L' eccezione pregiudiziale è valida solamente contro quelle azioni che derivano da diritti esercitabili altresì con la *hered. petit.*; ma non potrà opporsi contro l' azione del *petitor*, che proponga un diritto, il quale sebbene abbia fondamento nelle ragioni ereditarie, pure è derivato all'attore dopo l'acquisto della successione; come ad esempio quando l'erede ha compiuto il tempo dell'usucapione impresa dall' antecessore, o quando una cosa ereditaria sia stata danneggiata o alienata dopo l' acquisto dell' eredità. Per contrario le ragioni che sono ricadute all' eredità giacente rientrano nella *hered. pet.*, onde avverso all' esercizio di esse è efficace l' eccezione pregiudiziale (yy).

3) L'eccezione pregiudiziale spetta alle volte anche al successore singolare del possessore seguendo questi criterii:

Se il possessore di mala fede vende l'eredità da lui posseduta, gli sono applicabili i principii della *ficta possessio* (§. 172 pag. 294); e poichè secondo questi la *rei vindicatio* è possibile contro il compratore anche quando l'*hered. petitio* sia proposta contro il possessore, che viene condannato a prestare una *litis aestimatio*; si comprende facilmente che anche prima della *hereditatis petitio*, il compratore conve-

(vv) In rapporto alla prima opinione ved. *Donelli* comm. iur. civ. XII. pag. 452. — *Nood* com. ad t. dig. de her. pet. (op. om. Lugd. 1724. tom. II. pag. 180; in rapporto all'altra opinione sono argom. L. 32. §. 10. de recept. (4.8.). — L. 7. h. t. L. 24. §. 3. de lib. caus. (40. 12). — Confr. *Cuiac.* recitt. solemn. ad Cod. L. III. tit. 21. (op. om. IX. pag. 180).

(xx) L. 3. 7. §. 4. 6. de except. rei ind. (44. 2.). — L. 27. §. 8. de pact. (2. 14.). — L. 22. §. 8. rem. rat. hab. (46. 8.). confr. L. 18. §. 2. L. 19. 20. §. 4. h. t. — *Rosshirt* succ. testam. II. pag. 25.

(yy) L. 19. §. 1. L. 36. §. 2. h. t. L. 2. §. 1. expil. hered. (47. 19.). confr. L. 13. 16. 16. §. 3. L. 36. §. 2. h. t. L. 15. §. 1. L. 44. de serv. corr. (11. 3.). — L. 3. expil. hered. (47. 19.).

nuto nella *rei vindicatio* non potrà opporre l' eccezione pregiudiziale, dappoichè il possessore della eredità per mezzo di una tale azione intentata innanzi verso il vero possessore può essere liberato di prestare la *litis aestimatio*, e per conseguenza può migliorare la sua condizione.

Al contrario se le cose dell'eredità fossero state vendute dal possessore di buona fede è regola, che quando l'erede ha domandato il prezzo, qualunque sia, per mezzo della *hered. petitio*, la sua azione rivendicatoria contro il successore singolare può essere opposta con l' *exceptio doli*, ovvero può il venditore dichiarare di volersi sottoporre alla *hered. pet.* come se non fosse avvenuta la vendita. Indipendentemente da tutto ciò dipende dalla distinzione, se il successore potesse avere un regresso contro il suo *auctor* convenuto della *hered. pet.*, ovvero no; poichè mentre nell' ultimo caso la vindicazione può essere sperimentata, nel primo la vindicazione medesima può essere resa inutile per mezzo della eccezione pregiudiziale *quod preiudicium hereditati nec fiat inter emtorem et eum qui venumdabit*, se sperimentata prima della *hered. pet.*, ovvero anche dopo intentata la *hered. petitio* con la *exceptio doli*, e ciò per la regola che il possessore della eredità può essere condannato in quanto addivenne più ricco (zz).

4) Quando un debitore dell' eredità ha pagato il debito al possessore, allòra solamente è liberato quando il possessore ha restituito il pagamento ricevuto al *petitor*, nel caso opposto non cessa di essere obbligato, epperò l'erede ha sempre contro lui l'azione nascente per contratto. È controverso, se in analogia del caso esposto nel num. 3, il debitore possa opporsi ad una simile azione con l'eccezione pregiudiziale. Parrebbe che sì a prima giunta, poichè il successore singolare ha qualche volta la facoltà di opporre quell'eccezione non in nome proprio, ma in nome e per interesse del possessore di buona fede. Ma bisogna osservare che in questo caso all'ultimo è indifferente di dover rimborsare il debitore mediante la *condictio indebiti*, o restituire all' erede il ricevuto pagamento mediante l' *hereditatis petitio*, giacchè in entrambi i casi è obbligato solo per quanto s'arricchì: onde fa d'uopo dichiararci contrarii alla pretesa analogia, e conchiudere che il debitore non potrà usare di quella eccezione pregiudiziale nemmeno in nome del possessore della eredità (aaa).

§. 278.

B. Dell' Interdictum Quorum bonorum.

P. D. *Quorum bonorum* (43. 2.). C. h. t. (8. 2.).

A colui che conseguì la *bonorum possessio* concede il diritto romano un interdetto appellato *Quorum bonorum*, per cui mezzo ottiene appunto il possesso delle cose ereditarie; l' interdetto per conseguenza ha il carattere di *adipiscendae possessionis*.

(zz) L. 25. §. 19. h. t.

(aaa) V. *Dernburg*, della relazione della her. pet. con le altre azioni singolari, Heidelberga 1852. — *Vangerow*, Pand. §. 308. in contr. — *Fabricius*, o. c. pag. 190. — *Arndts*, o. c. pag. 230. — *Seuffert*, comp. §. 582.

1) È attore solamente chi per *agnitio* ha conseguito la *bonorum possessio* (a); ed anche l'erede quando anch'egli ne ha fatta *agnitio* (b).

2) È convenuto colui che possiede le cose ereditarie *pro herede* o *pro possessore*, ed a questo proposito per un Senatoconsulto di Adriano non giova contro l'interdetto neppure una l'usucapione *pro herede* compiuta (c). Oltre a ciò questo interdetto può essere prodotto contro coloro che dolosamente lasciarono di possedere.

La procedura di quest'azione provvisoria è sommaria.

L'attore deve provare che ha acquistata la *bonor. poss.*, se questa è decretale, ottenuta cioè con preventiva *causae cognitio*, la pruova è perfetta con esibizione del decreto che l'accorda, perfetta perchè si dimostra di esser stata la *bon. poss.* acquistata a tempo debito, e con giusto fondamento: giacchè l'attore per ottenerla ha dovuto presentare le *tabulae septem signis signatae* o dimostrare ch'è figlio del testatore ecc. (d). Altrimenti tutti questi fatti bisogna che si provino.

La sola eccezione utile contro questo interdetto è che il convenuto abbia acquistato un diritto più valido alla *bon. poss.*, poichè le eccezioni di un miglior diritto ereditario, o di essere proprietario delle cose possedute ecc. vengono perfettamente escluse; e colui che pretende uno di questi diritti, ossia il vero erede, il proprietario ec. deve promuovere la propria azione in un giudizio diffinitivo (e).

Lo scopo dell'interdetto *Quorum bonorum* è essenzialmente differente da quello della *hereditatis petitio*. Imperciocchè in quest'ultima azione lo scopo principale è quello di far riconoscere nell'attore il diritto di erede, ed è logica conseguenza che il convenuto sia condannato alla restituzione di tutto ciò che si trova presso di lui a causa del possesso dell'eredità; l'interdetto *Quorum bonorum* al contrario ha per unico scopo che l'attore conseguisca il possesso de'beni, onde il complesso di tutti i beni è l'obbietto di questo interdetto, senza che l'obbligo del convenuto che soccumbe sia universale come nella *hered. petitio*.

ANNOTAZIONE

La comune opinione ha stabilito che l'*interdictum Quorum bonorum* è un mezzo sommario di diritto, concesso dal Pretore al *bonorum possessor* nello scopo di metterlo nel possesso de'beni, ma che dopo si può promuovere l'*hereditatis petitio*,

(a) L. 1. pr. h. t. Gai. IV. §. 144. §. 3. Inst. de interd. (4. 15.).
(b) Gai. III. §. 34.
(c) L. 1. pr. h. t.
(d) L. 1. C. h. t.
(e) Conf. l. 3. C. h. t.

per cui vien deciso diffinitivamente del diritto ereditario. Contro questa opinione se n'è stabilita specialmente dal *Savigny* una novella la quale è conforme ai principii di questo autore sulla natura degl'interdetti, e si può esporre così. L'*interdictum Quorum bonorum* è un mezzo giuridico così diffinitivo pel *bonorum possessor*, come l'*hereditatis petitio* per l'erede. È vero che indi è stata introdotta una propria azione pel *bonorum poss.*, *hereditatis petitio possessoria*, ma la sua differenza dall'interdetto è solamente nel modo processuale; di fondamento e scopo entrambe le azioni sono perfettamente identiche (f). Questa novella teoria è stata mantenuta da pochi, e la comune opinione è anche oggi generalmente seguita. Indipendentemente dalla teoria del *Savigny* sul carattere degl'interdetti, perciò che concerne l'interdetto in esame, è utile fare le seguenti osservazioni:

1) L'*interdictum Quorum bonorum* non è diretto a far riconoscere il diritto di erede nell'attore, ma solamente a far conseguire il possesso delle cose ereditarie. Già vedemmo che in origine la *bonorum possessio* stessa non aveva altro carattere che di mezzo provvisorio per regolare il possesso, ed agevolare l'esercizio dell'azione petitoria (§. 217. App. XI.); onde l'*interdictum Quorum bonorum* non poteva essere appropriato che al conseguimento di tale possesso. Questa proprietà originaria gli si mantenne sempre, e i giureconsulti romani e lo stesso Giustiniano lo enumerano fra gl'interdetti *adipiscendae possessionis* (g). Essendo poi per massima tale la natura di tutti gl'interdetti che, senza far pregiudizio al diritto finale, ventilano unicamente una quistione di possesso, non dev'essere questa dottrina disconosciuta pel nostro interdetto, quando di più tutte e tre le specie d'interdetti sono messe sotto una comune idea, e v'è l'esempio di altri interdetti *adipiscendae possessionis* unicamente diretti allo stabilimento del possesso senza nulla decidere del diritto; *interdicta Salvianum, quod legatorum*. Infine le testimonianze di legge non danno all'*interdictum Quorum bonorum* altro potere che sul semplice possesso (h).

2) La teoria del *Savigny* è inconcepibile con le seguenti parole del cod. Teodosiano: « In interdicto quorum bonorum cessat licentia provocandi, ne quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur iniuriis tarditatis (i) ». Non si saprebbe da vero spiegare con la teoria di quel giurista, perchè l'imperatore dica il nostro interdetto *beneficio celeritatis inventum*, e perchè da una sentenza che decide proprio del diritto ereditario non si ammetta appello alcuno; per contro le idee dell'imperatore sono pienamente giustificate quando si considera l'interdetto sotto l'aspetto che ne mantiene l'opinione comune. Quantunque il *Savigny*, quanto all'appellazione opponga i principii dell'*exceptio rei iudicatae*, le sue ragioni sono deboli, poichè, secondo si è detto in altro luogo, l'*exceptio rei iudicatae impera in eadem quaestione inter easdem personas* (§. 96. ann. 2.); ovechè posto che l'*inter. Quor. bon.* non giudica che di possesso, affermiamo con Paolo: « Si quis egerit de possessione, postea in rem agere, non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur (k) ».

(f) *Savigny*, nel giornale per la scienza stor. del diritto V. 1. VI. 3. — *Fabricius*, Museo del Reno IV. pag. 204.
(g) §. 3. Inst. de interd. (4. 15.). — L. 2. §. 3. de interd. (43. 1.). — Gai. IV. 144.
(h) §. 3. Inst. cit. L. 1. §. 1. h. t.—L. 1. C. h. t.
(i) L. 22. C. Theod. quor. appell. (11. 36.).
(k) L. 14. §. 8. de excepi. rei iud. (44. 2.).

Secondo la comune opinione è concepibile ed è chiaro che presso l'*interdictum Quorum bonorum* esista anche un'azione (la *petitio hereditatis possessoria*). La quale azione non poteva nascere certamente, quando la *bon. poss.* era data al solo erede provvisorio; poichè in questo caso, o il *bon. possessor* era il vero erede, e non avea bisogno di una tale azione avendo la *hered. pet.*, ovvero l'eredità spettava altrui e il vero erede la rivendicava. Nacque quando la *bon.poss.*, mutando l'origine sua, addivenne una forma distinta di successione per chi non era vero erede per diritto civile, e quando fu avvisata la necessità di un mezzo giuridico per garantirgli la successione; tanto più che le azioni speciali fittizie non potevano a lui giovare, come le *directae* speciali non giovano al vero erede, nè poteva giovargli il solo interdetto *Quorum bonorum*, per cui mezzo il *bon. possessor* non poteva conseguire che il semplice possesso delle cose ereditarie. Per mezzo dell'azione petitoria solamente il *bonor. possessor* conseguiva lo scopo di essere conosciuto come erede, e veniva a rappresentare il defunto.

Seguendo la teoria del *Savigny* sull'*interdictum Quorum bonorum*, non si potrebbe spiegare a quale intento i Romani introdussero la *petitio hereditatis possessoria;* poichè tanto quest'ultima azione, quanto l'interdetto avrebbero medesima natura e medesimo scopo, la sola differenza starebbe nell'andamento processuale; onde lo stesso *Savigny* confessa che, se fin dal principio vi fosse stata l'*hereditatis petitio possessoria*, dell'*interdictum Quorum bonorum* non vi sarebbe stato mestieri: il che significa che l'uno o l'altro di questi mezzi è soverchio. Coloro i quali mantengono la teoria del *Savigny*, stretti dalle conseguenze della medesima, han negato l'esistenza dell'*hereditatis petitio possessoria* nel diritto anteriore, e l'addebitano a crasso errore di Giustiniano. Quando si giunge a tali argomenti si dimostra chiaramente la fallacia dell'opinione difesa (1).

§. 279.

C. Remedium ex leg. ult. de edicto D. Hadriani.

T. C. de edicto D. Hadriani toll. (6. 33.).

Quando vi è un testamento scritto senza vizii apparenti, l'erede istituito può domandare dal giudice il possesso dei beni che trovavansi presso del defunto al tempo della sua morte, purchè altri non esibisca contro un altro testamento senza vizii visibili e più antico, capace quindi di dargli a preferenza il possesso de' beni.

Inoltre può contrastare questa domanda colui che possiede legittimamente, o che possiede *titulo singulari* le cose domandate dall'erede testamentario.

Il convenuto può usare l'eccezione di prescrizione, essendo propriamente l'antico beneficio *ex edicto Hadriani* circoscritto allo spazio di un

(1) *Fabricius*, Museo del Reno IV. pag. 178. — *Lo stesso*, Origine e svolgimento della *bon. poss.* pag. 200. — confr. *Rosshirt*, succ. test. II. pag. 47.

anno; invece del qual tempo Giustiniano determinò la prescrizione comune, cioè l'usucapione e la prescrizione dell'azione.

Le altre eccezioni: cioè che il testatore non avesse la *testamenti factio*, che il testamento fosse nullo, o inofficioso non potrebbero essere adoperate con efficacia in questo luogo, ma spettano al giudizio definitivo di eredità.

Tutte queste regole sono pel caso che vi sia contraddittore; altrimenti il possesso è dato immediatamente, e la sentenza del giudice è inappellabile (a).

§. 280.

D. Della bonorum possessio furiosi nomine.

T. D. de bon. poss. furioso, infanti, muto, surdo, coeco competente (37. 3.). — C. de curatore furiosi vel prodigi (5. 70.). — *Rotemmund*, de successione furioso delata, Gott. 1825.

Quando un furioso è chiamato all'eredità, se è *suus heres*, acquista, s'intende, l'eredità *ipso iure*, ma se non è erede necessario e manca di coloro che possono acquistare per lui, come il padre ed il tutore, si concede al curatore il possesso e l'amministrazione de'beni ereditarii in nome del furioso, come se questi li avesse acquistati (a). Se poi il mentecatto rinsavisce potrà per dichiarazione di volontà acquistare l'eredità davvero (b): ma se la ripudia, o muore nella demenza, essa sarà devoluta a coloro che avrebbero ereditato se non vi fosse stato il furioso, ossia ai sostituti, ai coeredi, o a quegli eredi *ab intestato* che al tempo della morte del demente o della sua rinuncia sono i più prossimi eredi del defunto (c). In questo caso debbono essere restituiti i frutti percetti che hanno aumentato il patrimonio del demente, e se qualche cosa fosse stata alienata necessariamente, ne è dovuto il rimborso a colui al quale si devolve l'eredità, sol quando il furioso al tempo della vendita avesse avuto altro pel suo sostentamento (d).

Se il curatore omette di domandare il possesso dei beni, la domanda ne può esser fatta dal più prossimo erede del furioso, mediante cauzione pel caso di una futura restituzione ad eredi diversi (e).

(a) L. ult. c. t. (6. 33.). — L. 7. pr. de appell. (49. 5.). — L. 6. C. quor. appell. non recip. (7. 65.). — Paul. rec. sent. III. 5. 14. 16.

(a) L. 7. C. h. t.

(b) L. 7. §. 7. C. h. t.

(c) L. 7. §. 8. C. h. t.

(d) L. 51. pr. de her. pet. (5. 3.).

(e) L. 7. §. 8. C. h. t.

§. 281.

E. Missio in possessionem ventris nomine.

TT. D. de ventre in possessione mittendo (37. 9.). — Si ventris nomine muliere in possessionem missa, eadem dolo malo ad alium traslata essé dicatur (25. 5.). — Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur (25. 6.).

Quando l'erede istituito o legittimo non è ancora nato, la madre incinta (*venter*) può domandare a nome del nascituro il possesso dei beni, che gli ricadranno alla nascita. Se l'erede futuro è un *suus* o appartiene a coloro che possono avere il possesso de'beni *ex edicto unde liberi*, la vedova incinta riceve il possesso immediatamente e sempre ne tira gli alimenti; in ogni altro caso ottiene il possesso, quando non si può mantenere in altro modo (a).

Se non v'ha chi contrasta, manca il bisogno d'una inchiesta; ma questa *bon. poss.* dev'essere preceduta dalla *causae cognitio* sempre quando si contraddice di esservi gravidanza o diritto di succedere nel nascituro, ovvero di essere stata notificata nel tempo legale (b).

Se gli eredi sono più, tutti vengono messi in possesso dell'eredità; in ogni caso al nascituro si dà un curatore il quale amministra le cose ereditarie *ventris nomine*, fornendo la vedova degli alimenti, i quali devono essere restituiti se la gravidanza è simulata (c).

Questo possesso provvisorio termina, quando nasce il postumo, o abortisce il parto, o s'avvera la simulazione della gravidanza: quando la vedova è convinta di aver simulato per frode, non è solo obbligata a restituire gli alimenti, ma addiviene per dippiù infame.

§. 282.

F. Del possesso de' beni ex edicto Carboniano.

P. D. de Carbon. edicto (37. 10.). — C. h. t. (6. 17.).

Quando ad un impubere si contrasta la capacità di succedere al padre o all'avo paterno, purchè lo stato e la capacità di figlio abbia almeno qualche apparenza di fondamento, l'impubere può chiedere che la questione

(a) L. 1. §. 2. 11. L. 6. 7. 10. h. t. (37. 9.).

(b) L. 1. §. 14. 15. L. 7. §. 1. h. t. (37. 9.). — L. 8. §. 3. Carb. edicto (37. 10.). — Confr. T. D. de ispiciend. ventre (25. 4.).

(c) L. 1. §. 17. 19. 21. 22. 26. 28. L. 3. 5. pr. §. 1. L. 7. §. 2. L. 9. h. t. (37. 9.). — L. 121. de legat. (30.). — Confr. tt. D. cit. (25. 5.), (25. 6.).

sullo stato e la capacità sia rimandata al tempo della sua pubertà, e nel frattempo sia egli immesso nel possesso de' beni e ne usufrutti gli alimenti (a).

Se l'impubere presta una cauzione reale il suo tutore prende l'amministrazione dei beni, o la prende l'avversario se offr' egli la cauzione: è scelto uno speciale curatore, se nessuno dei due dà cauzione (b).

Chi ha prestato la cauzione, nel futuro giudizio ha la parte di convenuto (c).

L'impubere non è obbligato di restituire gli alimenti anche quando fosse perditore nella lite (d).

I coeredi dell'impubere ricevono il possesso de' beni insieme con lui (e).

§. 283.

V. Della perdita della eredità.

L'eredità già acquistata si può perdere nei seguenti casi:

1) coll'avvenimento di una condizione risolutiva, o del *dies ad quem* in un testamento militare; nei quali casi l'eredità è altrui devoluta (a);

2) con la rescissione del testamento, in forza del quale l'eredità fu acquistata (b);

3) con la restituzione in intiero dell'erede che rinunciò, acquistando novellamente l'eredità chi l'avea ripudiata (c);

4) con la pena dell'indegnità (§. 314.).

(a) L. 1. pr. §. 10. L. 3. §. 2. 3. 5. 7. L. 6. §. 3. L. 7. pr. §. 1. L. 11. fin. h. t.
(b) L. 3. pr. §. 1. 2. 5. L. 5. §. 2. 5. L. 15. eod. L. 1. C. h. t.
(c) L. 6. §. 6. h. t.
(d) L. 5. §. 3. eod.
(e) L. 5. pr. eod.

(a) L. 15. §. 4. L. 41. pr. de test. mil. (29. 1.). — Confr. L. 19. §. 2. eod.
(b) L. 21. §. 2. de inoff. test. (5. 2.).
(c) L. 1. 2. C. si omiss. hered. (2. 40.). — L. 2. C. si min. ad hered. (2. 39.).

CAPITOLO IV.

DEI LEGATI, FEDECOMMESSI UNIVERSALI, E DELLE DONAZIONI MORTIS CAUSA.

T. Inst. de legatis (2. 20.). — TT. D. h. t. (30. 31. 32.).—C. De legatis (6. 37.).— De fideicommissis (6. 42.) — Communia de legatis et fideicommissis (6. 43.). — *Donelli*, comm. iur. civ. lib. VIII. — *Westphal*, esposizione ermeneutica dommatica dei legati e fedecommessi Lips. 1791. — *Rosshirt*, della teoria dei legati secondo il diritto romano, Heidelberga 1835.

SEZIONE I.

Dei legati e fedecommessi singolari.

§. 284.

I. Dei subbietti dei legati e fedecommessi singolari.

Affinchè il legato sia valido fa mestieri del concorso di tre persone: il testatore, l'erede ed il legatario.

È regola generale che chi è capace d'istituire un erede può nel medesimo tempo nominare un legatario, di guisa che tutte le limitazioni additate per la capacità d'istituire eredi (§. 218.) valgono ancora rispetto ai legati.

II. Quanto alla persona a cui peso deve stare il legato per regola antica era chiunque dalla successione ritraesse alcun vantaggio e direttamente; di guisa che nè il padrone del servo istituito erede, nè il padre del figlio di famiglia che ereditava potevano essere gravati di un legato (a). Questa regola non s'applicava ai fedecommessi ne'quali erano efficacemente gravati di un legato il padrone e il padrefamiglia, ancorchè non ereditassero direttamente (b): questa specialità dei fedecommessi divenne la regola generale poscia che i legati furono equiparati ai fedecommessi (c). Onde nel diritto giustinianeo il padre può essere gravato di un legato quando è istituito erede il figlio ch'è in sua potestà, giacchè egli lucra un usufrutto, il cui valore non può essere sorpassato dal legato.

(a) *Ulp.* Frag. XXIV. 21.

(b) *Ulp.* XXV. 10.

(c) Intorno alla leg. 11. de legatis (30.). — Ved. *Cuiac.* in lib. IV. quest. pap. ad L. 11. (op. omn. IV. 220.) recett. solemn. in lib. XXX. D. ad leg. 11. (op. omn. VII. pag. 978.). — *Merenda*, contr. iur. lib. 8. c. 3. — *Donell*, comm. iur. civ. lib. VIII. c. 10. — *Accursius*, ad. h. t. — *Vangerow*, Pand. §. 521. pag. 470.

2) Sono validamente addossati i legati al sostituto pupillare, ricordando il principio, che il sostituto pupillare si rappresenta come un *secundus heres* del padre (§. 241.); onde questi lo grava di legati sull'eredità che gli trasmette (*legavit pater de suo* (d)), non altrimenti che se istituito l'avesse in *primis tabulis sub conditione*. Si noti che in simiglianti legati il *dies cedens* non segue al punto della morte dell'istituito, ma già alla morte del padre; e che se il padre avesse legato la medesima cosa a Tizio nel suo testamento, ed a Caio in *secundis tabulis*, i due legatarii sarebbero congiunti *re*, e tra loro si darebbe luogo al diritto di accrescimento (e).

3) Il contenuto ed il complesso del legato commesso al sostituto pupillare è regolato così:

a) Istituito erede il pupillo, il sostituto sarà con efficacia gravato di legati, ma non oltre il valsente dell'eredità computata alla morte e sottratta la quarta Falcidia (f).

b) Con la medesima limitazione può il sostituto essere gravato di un legato quando, diseredato l'impubere, egli è istituito nel testamento paterno (g).

c) Se al contrario l'impubere è diseredato e il sostituto non è istituito nel testamento paterno, i legati commessi al sostituto sono per regola nulli (h).

(d) L. 11. §. 5. ed. L. Falc. (35. 2.).

(e) L. 1. 7. §. 4. 5., quando dies leg. (36. 2.). — L. 41. §. 6. de vulg. et pupill. subst. (28. 6.). *Papinian*. Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem, et sub conditione partem alteram accepisset. Non idem servabitur alio substituto, nam ille Falcidiae rationem induceret, quasi plane sub conditione primis tabulis heres institutus, tametsi maxime coheres filio datus quadrantem integrum obtineret; nam et quum legatum primis tabulis Titio datur, secundis autem tabulis eadem res Sempronio, Sempronius quandoque Titio concurrit. — L. 34. §. 10. de leg. (30.).

(f) L. 11. §. 5. 6. 7. L 79. 80. 87. §. 7. ad leg. Falc. (35. 2.). — L. 1. §. 3. si cui plus quam leg. Falc. (35. 3.). *Scaev*. Marcellus ait: qui quadringenta in bonis habebat, impuberem filium heredem instituit, eique substituit Titium et Seium; si nihil a pupillo testator legavit, sed a Titio trecenta, utrum ducenta, inquit, praestabuntur, an centum quinquaginta? nam trecenta nullo modo eum praestare. Mihi videtur verius, non amplius eum parte sua erogare compelli, certe nec minus; secundum quod eveniret, ut non soli committatur stipulatio; sed omnibus heredibus interponenda est. Sed causa cognita Falcidiam locum habere, et legatorum modus facit, et aeris alieni onus.

(g) L. 10. 11. §. 8. ad leg. Falc. (35. 2.). *Papinian*. Si quis exheredato filio substituit heredem institutum, et ab eo tabulis quoque secundis legaverit, necessario ratio confundetur, quum ideo legata valere dixerit Iulianus a substituto relicta, quod idem patri heres extiterit. — Confr. L. 94. de legatis (30.).

(h) L. 87. §. 7. ad leg. Falc. (35. 2.). — L. 126. pr. de legat. (30.). — L. 41. §. 3. de test. mil. (29. 1.). — L. 24. C. de legat. (6. 37.). *Iustinian*. Quum quidam suum filiumfamilias impuberem exheredatum fecit, aliis heredibus scriptis, eidem autem pupillo alium substitutum reliquit, maximam scilicet ostendens ad filium suum affectionem, cui nihil quidem emolumenti

Questi principii stabiliti pel sostituto valgono ancora per gli eredi *ab intestato* del pupillo (i).

Allorchè più eredi sono gravati di un legato, dipende dalla volontà del testatore se essi devono risponderne a parti uguali, ovvero secondo le quote ereditarie. Se dubbia è la volontà del testatore si segnano tre casi.

a) Se a più eredi con frase generale e senza ricordare i loro nomi è imposto il legato, sono tenuti tutti verso il legatario in proporzione della quota ereditaria l'uno indipendentemente dall'altro (k), eccetto se l'obbietto del legato è indivisibile, poichè l'indivisibilità porta l'obbligo ad ognuno dell'intiero (l).

b) Se poi il legato è stato imposto a più eredi nominandoli specificatamente, essi sono tenuti a porzioni eguali (m).

c) Finalmente se fu imposto il legato a tutti gli eredi escludendone alcuni determinati a nome, allora tutti, eccetto gli esclusi, sono tenuti in proporzione della quota ereditaria (n).

reliquit, sed post exheredationis iniuriam etiam substitutionem ei addidit, et a substituto legatum reliquit, quaerebatur, si huiusmodi legatum vel fideicommissum potest valere. Sed et si legatum eidem exheredato filio pater reliquerit, et substituerit ei exheredato facto aliquem extraneum, iterum certabatur, si saltem per eundem modum fideicommissum potest relinquere. Quum igitur antiquitas quidem hoc diverse tractare maluit, nobis autem huiusmodi iurgia supervacua esse videntur, sancimus, nullo legato, nullo fideicommisso huiusmodi substitutum, qui exheredato pupillo datus est, praegravari, nec si ipsam rem, quam pupillo legavit, a substituto eius vel legare vel fideicommittere voluit.

(i) L. 92. §. 2. L. 93. 94. pr. L. 126. pr. de legat. (30.). — Ved. not. prec.

(k) L. 33. pr. 44. pr. de legat. (31.). *Modest.* Legatorum petitio adversus heredes pro partibus hereditariis competit, nec pro his, qui solvendo non sunt, onerari coheredes oportet. — Confr. L. 83. §. 3. de legat. (30.).

(l) L. 11. §. 23. 24. de legat. (32.). *Ulp.* Si in opere civitatis faciendo aliquid relictum sit, unumquemque heredem in solidum teneri, Divus Marcus et Lucius Verus Proculae rescripserunt; tempus tamen coheredi praestituerunt, intra quod mittat ad opus faciendum, post quod solam Proculam voluerunt facere, imputaturam coheredi sumtum pro parte eius. Ergo et in statua, et in servitute ceterisque, quae divisionem non recipiunt, idem Divus Marcus rescripsit. — L. 7. de servit. legat. (33. 3.). — L. 80. §. 1. ad L. Falc. cit. (35. 2.).

(m) L. 124. de legat. (30.). *Nerat.* Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando, qui, si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent. — Confr. L. 54. §. 2. eod.

(n) L. 17. de duob. reis (45. 2). — L. 104. pr. de legat. (30.). *Iulian.* Ab omnibus heredibus legatum ita erat: *quisquis mihi heres erit, damnas esto Titio dare centum*, deinde infra comprehensum erat, ne unus ex heredibus ei daret; quaeritur, reliqui heredes utrum tota centum dare deberent, an deducta unius illius hereditaria portione. Respondit, verius esse, reliquos heredes tota centum debere, quum et significatio verborum non repugnet huic sententiae, et voluntas testatoris congruat. — Confr. L. 81. §. 4. eod. Sulla contraddizione de'testi a questo proposito ved. *Cuiac.* recitt. solemn. (op. om.). VIII. pag. 1139. — *Gordonius*, praetermissa Iur. civ. (Ott. thes. II. pag. 841.). — *Scip. Gentilis*, de iure accrescendi (op. omn.). I. pag. 181. — *Dabis*, giorn. di Giessen. (nuova ser.). I. pag. 406. — *Rosshirt*, legati I. pag. 238. — *Vangerow*, Pand. §. 521. — *Arndts*, lexicon giurid. VI. pag. 284.

III. È legatario colui al quale il testatore, per causa di favore, lascia, dà una parte determinata del suo patrimonio, il che non avviene altrimenti che diminuendo il benefizio dell'erede (o).

La persona del legatario dev'essere capace a succedere, e determinata nominativamente come quella dell'erede; si può dare a più legatarii un legato in comune o alternativamente, in quest'ultimo caso essi sono da reputare come creditori correali, nel primo come semplicemente collegatarii (p).

§. 285.

1) Del prelegato.

Pfeifer, de praelegatis Marb. 1798. — *De Pforten*, de praelegatis, Erl. 1832. — *Rosshirt*, dei legati I. pag. 250. — *De Buchholz*, della teoria de' prelegati, Jena 1850. — *Vangerow*, dissert. nell'arch. di pr. civ. XXXV. pag. 260.

Quando nel testamento un solo è l'erede, sarebbe vano ed impossibile di lasciare a lui stesso un legato; ma se vi sono altri coeredi, gli si può determinare a preferenza un legato imponendolo ad uno de' coeredi: la quale disposizione del testatore avrà il carattere e la forma di un semplice legato, con la singolarità, che l'erede in cui favore è stabilito, potrà esercitarne il diritto con la stessa *actio familiae erciscundae*. Se al contrario il testatore non l'impose ad uno dei coeredi, ma o nominatamente a tutti, ovvero tacendo a chi è imposto, allora dicesi propriamente prelegato, e va soggetto alle seguenti regole speciali:

Innanzi tutto, nel caso che il testatore abbia taciuta la persona gravata, poichè il prelegato va a carico di tutta l'eredità, è chiaro che anche il prelegatario, in proporzione della sua quota ereditaria, dovrà contribuirne alla soddisfazione: sol che stando la massima *heredi a semetipso inutiliter legatur*, la parte, che il prelegatario deve a sè stesso, è nulla (a). Questo punto rischiara molte relazioni del prelegatario coi coeredi e con altri prelegatarii e legatarii.

(o) L. 11. §. 20-22. de legat. (32.). — L. 49. §. 4-6. L. 69. §. 2. h. t. (30.).

(p) §. 29. Inst. de leg. (2. 20.). — L. 54. de legat. (30.). — L. 4. de reb. dub. (34. 5.). — L. 16. de legat. (31.).

(a) L. 18. 34. §. 11. L. 116. §. 1. de legat. (30.). *Florent.* Heredi a semet ipso legatum dari non potest, a te coherede potest. Itaque si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est, et duobus extraneis, ad heredem, cui legatus est, sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario, duobus extraneis concurrentibus, non amplius tertia parte; extranei autem et ab ipso herede, cui legatum est, semissem, et ab alio herede trientem vindicabunt. — L. 34. §. 1. de legat. (31.). — L. 18. §. 2. de his, quae ut ind. (34. 9.). — *Gai.* Inst. II. §. 245. — *Ulp.* Fragm. XXIV. 22. — Fragm. Vat. §. 88.

1. Quando l'erede prelegatario acquista l'eredità, fa mestieri distinguere, se è solo nel prelegato o se vi sono altri prelegatarii:

1) Se il prelegatario è solo nel prelegato, le leggi stabiliscono che quella parte del prelegato, nulla secondo il principio anzi esposto, rimane presso lui, non come legato ossia *titulo singulari*, ma come eredità, *titulo universali* (b). Da questa regola, che il prelegatario rispetto alla parte contribuita dai coeredi vale come legatario, e come erede rispetto a quella ch'egli dovrebbe contribuire a sè stesso, deriva che:

a) L'erede deve computare la parte del prelegato che dovrebbe a se stesso nel fissare la quarta Falcidia o Trebellianica, ovechè non può essere costretto a tener conto delle altre parti, *supra quartam habet* (c).

b) Quando al prelegatario è imposta la restituzione della sua porzione ereditaria, è obbligato a restituire anche la porzione del prelegato ch'egli dovrebbe a sè stesso (d); quandochè se all'erede prelegatario è imposto di restituire tutto quanto gli viene dall'eredità, entra nel fedecommesso l'intero prelegato, come pure se il testatore espressamente gli abbia imposto di restituire anche il prelegato (e).

2) Se al contrario vi sono altri collegatarii *coniuncti*, non si può dire che la parte che il prelegatario dovrebbe dare a se stesso rimanga *titulo universali* presso lui; ma piuttosto secondo la regola generale bisogna convenire che la parte del prelegato inefficace si accresce alla porzione degli altri collegatarii (f).

(b) L. 18. §. 2. de his quae ut ind. (34. 9.). — L. 74. ad leg. Falc. (35. 2.). — L. 1. §. 6. quod legat. (43. 3.). — Coufr. L. 76. §. 1. ad leg. Falc. (35. 2.). *Gai.* Qua ratione placuit, legata, quae legatarii non capiunt, quum apud heredes subsederint, hereditario iure apud eos remanere intelligi, et ideo quadranti imputanda; nec quidquam interesse, utrum statim ab initio legatum non sit, an, quod legatum est, remanserit.

(c) L. 74. 86. 91. ad leg. Falc. (35. 2.). *Marcian.* In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure hereditario capit, non quas iure legati vel fideicommissi, vel implendae conditionis causa accipit; nam hae in quartam non imputantur. — L. 24. C. fam. ercisc.

(d) L. 18. §. 3. ad SC. Trebell. (36. 1.). *Ulp.* Si legatum sit heredi relictum, et rogatus sit portionem hereditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a coherede accepit; ceterum quod a semet ipso ei relictum est, in fideicommissum cadit; et id Divus Marcus decrevit. — L. 86. ad leg. Falc. (35. 2.). — Ved. Glossa ad auc. leg. — *Cuiac.* in L. XL. Iul. ad leg. 86. cit. (opp. VI. p. 278.).

(e) L. 3. §. 4. ad SC. Trebell. (36. 1.). *Ulp.* Quidam liberis suis ex disparibus partibus institutis, datis praeceptionibus, ut ipse maximam partem patrimonii inter liberos ita divisisset, rogavit eum, qui sine liberis decederet, portionem suam fratribus restituere. Imperator noster rescripsit, praeceptiones quoque fideicommisso contineri, quia non portionem hereditariam testator commemoravit, sed simpliciter portionem, in portionem autem et praeceptiones videri cecidisse. — L. 16. C. de fideicom. (6. 42.). — L. 38. §. 8. L. 39. §. 2. de leg. (32.). — L. 31. §. 1. de adm. (34. 4.).

(f) Ved. L. 34. §. 11. 12. L. 116. §. 1. de legat. (30.). — Ved. *Vangerow*, arch. XXXV.

II. Quando l'erede prelegatario non acquista l'eredità, le leggi distinguono il caso del ripudio da quello della morte antecedente all'azione.

1) Nel primo caso egli lucra tutto il prelegato, anche quella parte la quale, se fosse stato erede, avrebbe dovuto a sè stesso (g); eccetto quaudo il prelegato fu lasciato a patto di accettare l'eredità (h).

2) Quando al contrario il prelegatario morisse prima di entrare nell'eredità, ma dopo il *dies cedens* del prelegato, questo ricadrà agli eredi del prelegatario solo per le parti imposte sulle porzioni degli altri coeredi (i).

III. Quando il prelegatario acquista l'eredità, ma alla fine non lucra niente, come quando la quota ereditaria gli vien tolta per indegnità, o quando si astiene come *suus* dall'eredità paterna, o quando contro l'acquisto un erede estraneo si fa restituire in intiero, egli ha diritto a tutto il prelegato (k),

Infine è una conseguenza di questi principii che quando una cosa medesima sia legata a tutti i coeredi, questi l'acquistano come eredi in proporzione della loro quota ereditaria e non come prelegatarii (l).

pag. 289. Pand. §. 223. pag. 493. — *Buchotz*, op. c. pag. 371. — *Claussen*, giorn. giur. del Schlesvig. Holstein, pag. 186.

(g) L. 17. §. 2. L. 18. 91. §. 2. de leg. (30.). *Ulp.* Si nni ex heredihus fuerit legatnm, hoc deberi ei officio indicis familiae erciscundae, manifeatum est; sed etsi abstinuerit se hereditate, conseqni enm hoc legatnm posse, constat.

(h) L. 88. de leg. (30.). *Marcian.* Sed si non aliss volnit pater habere enm legatnm, nisi hereditatem retineat, tnnc neqne adverana coheredem dandam ei legati petitionem secnndum Aristonis sententiam constat, qnum ipsi filio non videretnr esse solvendo hereditas; et hoc ita est, licet non conditionaliter expressisset, intellexisse tamen manifestissime approbetur. — L. 92. pr. h. t. (32.). — L. 20. pr. de istr. leg. (33. 7.).

(i) L. 75. §. 1. de legat. (31.). *Ulp.* Pro parte heres institntus, cni praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem, ante aditam hereditatem vita decessit; partem hereditatis ad coheredes snbstitutos pertinere placuit, praeceptionum antem portiones, qnae pro parte coherednm constiterunt, ad heredes eins transmitti.

(k) L. 12. fin. 18. §. 2. de his quae ut ind. (34. 9.). — L. 87. 89. de leg. (30.). *Iulian.* Digestornm nam nec emancipatus hereditate omissa legatum ab herede petere prohibetur; Praetor enim permittendo his, qni in potestate fnerint, abstinere se hereditaté paterna, manifestnm facit, ins se in persona eornm tribnere, qnod fnturum esset, si liberum arbitrinm adeundae hereditatis habnissent.

(l) L. 34. §. 12. de legat. (30.). *Ulp.* Inde dicitnr, si dno sint heredes, unus ex uncia, alter ex nndecim unciis, et iis fundus legatus sit, nnciarlum heredem undecim partes in fnndo habiturum, coheredem nnciam.

§. 286.

II. Delle forme per l'istituzione de' legati, e de' codicilli in particolare.

T. Inst. de codicillis (2. 25.). — D. de iur. codicillorum (29. 7.). — C. de codicillis (6. 36.).

Il legato può essere lasciato tanto in un testamento quanto in un altro atto di ultima volontà, cui manca l'istituzione dell'erede, e che propriamente si nomina codicillo.

Differisce il codicillo dal testamento, poichè ove di questo è segnale la istituzione di un erede, o una diseredazione, al contrario il codicillo nulla dispone dell'universale successione, sicchè non è possibile scrivervi nè l'istituzione nè la diseredazione di un erede: *codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest* (a). Da tutto ciò segue che ad una istituzione pura fatta nel testamento non si potrà apporre una condizione per codicillo; che non si potrà fare una sostituzione nè convalidare per codicillo un'invalida istituzione (b). Nondimeno la conferma di una non valida istituzione, e la sostituzione pupillare fatta per codicillo in forza di una *benigna interpretatio* vale come fedecommesso; similmente la nomina di un erede per codicillo è valida, quando il testatore se ne riserbava il diritto nel testamento (c).

La dichiarazione fatta dal testatore in un codicillo che l'erede istituito nel testamento sia indegno, importa che la porzione di quell'erede è devoluta al fisco (d).

1) I codicilli si dividono nella seguente maniera:

(a) §. 2. Inst. h. t.—L. 10. h. t. *Papinian.* Quod per manus traditum est, codicillis hereditatem dari non posse, rationem illam habet, ne per codicillos, qui ex testamento valerent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem heredum accipit, confirmari videretur. — L. 76. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 14. C. de test. (6. 23.). 2. 7. C. h. t. — L. 5. §. 1. C. de nec. serv. (6. 27.).

(b) L. 2. §. 4. L. 6. pr. h. t. *Marcian.* Divi Severus et Antoninus rescripserunt, nihil egisse matrem, quae, cum pure liberos suos heredes instituerit, conditionem emancipationis codicillis adiecit, quia neque conditionem heredi instituto codicillis adiicere, neque substituere directo potest. — L. 7. C. h. t.

(c) L. 2. §. 4. eit. *Iulian.* Hereditas testamento inutiliter data non potest codicillis quasi hereditas confirmari, sed ex fideicommisso petitur salva ratione legis Falcidiae. — L. 76. ad SC. Treb. (36. 1.). — L. 77. de hered. inst. (28. 5.). — L. 10. pr. de cond. instit. (28. 7.).

(d) L. 4. C. de his quib. ut indign. (6. 35.). *Alexand.* Hereditas in testamento data per epistolam vel codicillos adimi non potuit. Quia tamen testatrix voluntatem suam non mereri unum ex heredibus declaraverat, merito eius portio, non iure ad alium translata, fisco vindicata est. Libertates autem in eadem epistola datae peti poterunt.

a) Essi sono testamentarii quando vengono fatti nel testamento; può anche soltanto il testatore confermarli nel testamento ed allora essi si dicono *confirmati*, sia che la conferma riguardi codicilli già fatti, sia che riguardi codicilli da fare. Il carattere precipuo de' codicilli testamentarii è ch'essi si reputano come un accessorio del testamento, e ne seguono la sorte (e). Quindi le disposizioni prese in un codicillo testamentario valgono come fatte nel medesimo testamento (f).

b) Al contrario sono codicilli *ab intestato* quando non vi sia testamento; hanno una esistenza propria e stanno invece del testamento (g).

3) Quanto a forma i codicilli sono publici o privati : i publici non hanno bisogno di formalità come i testamenti di questo genere; i privati richiedono per la loro validità cinque testimoni idonei, fra i quali si possono annoverare anche gli stessi legatarii e fedecommissarii; l'unità di atto non è necessaria, nè l'apposizione dei suggelli, ma è sufficiente la sottoscrizione; il testatore deve sottoscriverli come il testamento (h).

Finalmente i codicilli privati come i testamenti possono essere scritti e nuncupativi.

Per mezzo di una semplice dichiarazione senza solennità di sorta si può lasciare un legato; quegli in favore del quale è stabilito deferisce il giuramento a colui che deve soddisfarglielo, anche quando il testatore avesse espressa la volontà in iscritto; ma se al contrario colui al quale è imposto il legato vorrebbe contraddire con altre pruove, non si può acquistare il legato se non esibendo un valido testamento o un codicillo (i).

(e) L. 3. §. 2. L. 14. 16. h. t. *Paul.* Ab intestato factis codicillis, relicta etiam postea natus intestati successor debebit. Quicunque enim ab intestato successerit, locum habent codicilli, nam unus casus est nec interest, qui succedit, dum intestato succedat; ad testamentum autem, quod quoque tempore fecisset, pertinent codicilli. Et, ut manifestius dicam, intestato paterfamiliss mortuo nihil desiderant codicilli, sed vicem testamenti exhibent; testamento autem facto ius sequuntur eius.

(f) L. 2. §. 2. L. 8. §. 5. h. t. *Iulian.* Codicillorum ius singulare est, ut, quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent. Ideoque servo, qui testamenti facti tempore testatoris fuisset, codicillorum tempore alienus, non recte libertas directa datur. Et contra, si, quum testamentum fiebat, alienus esset, codicillorum tempore testatoris, intelligitur alieno servo libertas data. Et ideo licet directae libertates deficiunt, attamen ad fideicommissarias eundum est.

(g) L. 16. h. t. — Ved. not. (e).

(h) §. 3. Inst. h. t. §. 11. Inst. de test. ordin. (2. 10.). — L. 6. §. 1. 2. h. t. *Marcian.* Codicillos et plures quis facere potest, et ipsius manu neque scribi, neque signari necesse est. §. 2. Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adiecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati, neque manu eius scripti fuerint; nam ea, quae postea geruntur, prioribus derogant. — L. 28. §. 1. C. de test. et quemadm. (6. 23.).

(i) L. 32. C. de fideicomm. (6. 42.). — §. 12. Inst. de fideicomm. hered. (2. 24.). — L. 13. C. de reb. cred. (4. 1.).

§. 285.

1) Della clausola codicillare

Stryck, de clausola codicillari, Francf. 1670. — *Tauchert*, de clausula codicillari Hal. 1822. — *Sickel*, de vi clausolae codicillaris in testamento nullo Lips. 1829.

Una disposizione di ultima volontà, inefficace come testamento, può valere come codicillo, purchè il testatore l'avesse espressamente determinato, e che il testamento avesse tutti i requisiti di un codicillo. La volontà di far valere il proprio testamento come codicillo è detta *clausula codicillaris* (a).

Questo principio non deve intendersi nel senso che il testatore abbia sin dalle prime voluto far più un codicillo che un testamento, ma dovrebbe esser esposto in questa guisa: Quando coloro, in vantaggio de'quali è fatto il testamento, ricorrono per farlo valere alla clausola codicillare bisogna supporre che il testatore fin dal principio ebbe proposito di far un codicillo.

Per mezzo della clausola codicillare si può validare un testamento, anche quando l'invalidità segua di poi; purchè sempre i motivi d'invalidità non riguardino anche il codicillo.

Per essa si raffermano non solo tutti i legati, ma ancora le istituzioni di eredi, le quali valgono come fedecommessi universali (b).

Chiunque sia stato istituito erede in un testamento simile ha dritto di scegliere per far valere le sue ragioni o la qualità di erede istituito, accettando il testamento, o quella di fedecommessario, ricorrendo alla clausola codicillare, ma egli non potrà variare la scelta dopo aver preso una delle due qualità, eccetto tra ascendenti e discendenti *(ius variandi)* (c).

(a) L. 29. §. 1. qui test. fac. poss. (28. 1.). — L. 88. §. 17. de legat. (31.) *Scaevol. Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo iurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam; et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas;* deinde heredes instituit; quaesitum est, intestati eius bonorom possessione petita, ao portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possont? Respoodi, secundum ea, qoae proponerentor, posse. — L. 8. §. 1. C. de codic. (6. 36.). — Confr. L. 1. 13. §. 1. de iur. cod. (29. 7.). — L. 41. §. 3. de vulg. et pupill. sobst. (28. 6.).

(b) L. 88. §. 17. cit. — Ved. not. preced.

(c) L. 8. pr. §. 1. 2. C. de codicillis (6. 36.). *Theod.* Si quis agere ex testamento, quolibet modo, sive scripto, sive sine scriptura confecto, de hereditate voluerit, ad fideicommissi persecutionem adspirare cupiens, minime permittator. Taotum enim abest, ut aditum coiquam pro suo migrandi desiderio concedamus, ut etiam illud sanciamus: si testator faciens testamentum in eodem, pro codicillis etiam id valere, complexus sit, qui hereditatem petit, ab ipsis intentio-

ANNOTAZIONE

Quanto a sapere quali vizii del testamento sono sanati con clausola codicillare sono controversi i seguenti punti:

1) È efficace questa clausola quando il testamento viola la quota legittima?

Nel caso che il testamento sia inofficioso, antichi e recenti giuristi quasi unanimemente mantengono che la clausola codicillare è inefficace argomentando dalla L. 13 de *inoff. test.*: e dalla legge 36 *de legatis* (31), la quale è concepita in questi termini: « Apud Scaevolam lib. XVIII. Dig. Claudius notat: nec fideicommissa ab inte- » stato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset, quia cre- » deretur quasi furiosus testamentum facere non potuisse, ideo nec aliud quid per- » tinens ad suprema eius iudicia valet. »

In entrambe queste leggi è solamente detto, che quando un testamento è rescisso per *querela inofficiosi testamenti*, colui che vince la lite non può essere obbligato a soddisfare i legati, non ostante la clausola codicillare, poichè essi debbono essere considerati *quasi a demente dati*. Al contrario la nostra questione è piuttosto la seguente: *quid iuris* quando è annessa la clausola codicillare ad un testamento, nel quale sono stati offesi i diritti di legittima, e gli eredi istituiti fin dal principio ricorrono, per farlo valere, alla clausola medesima? La risposta sarebbe piuttosto che la clausola codicillare è efficace, e che colui che ha diritto alla porzione legittima dev'essere tenuto a tutte le disposizioni fatte nel testamento inofficioso, come se fin dal principio il testatore le avesse scritte in un codicillo *ab intestato*. Se questo ultimo caso fosse avvenuto, ossia se il testatore veramente in un codicillo *ab intestato* avesse imposto singolari o universali fidecommessi ai suoi più prossimi eredi *ab intestato*, in guisa ancora che ad essi poco o nulla rimanga, non si potrebbero dire per questo inefficaci le disposizioni del codicillo, ma invece esse sarebbero ridotte in modo che l'erede avesse libera la sua quarta Falcidia, o la quota legittima. Non si potrebbero quindi non ammettere le medesime conseguenze quando il testatore volle fare un testamento e gli eredi istituiti ricorrono alla clausola codicillare. Nè questo risultato è per nulla in contraddizione colle leggi or ora citate, imperocchè quando gli eredi ricorrono alla clausola codicillare manca il concetto del testamento inofficioso, e con esso la possibilità della *querela inofficiosi testamenti*.

2) Quando il testamento è nullo o secondo l'antico diritto per la preterizione di un *suus heres*, o secondo il diritto posteriore per la Nov. 115, ovvero quando diventa nullo per una *agnatio postumi*, la comune opinione si è determinata pel principio che la clausola codicillare sia capace di ogni effetto (d): ma questa teorica è stata contraddetta dal *Mühlenbruch*. Egli argomenta così: anche nel diritto posteriore v'è l'obbligo di una formale istituzione o diseredazione dell'erede necessario; nè per codicillo si potrebbe istituire o diseredare; un effetto quindi che non si può raggiungere per mezzo di codicillo, non è possibile che compia la clausola codicil-

nis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens, se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse, ita ut, sive bonorum possessionem secundum tabulas aut secundum nuncupationem ceterasque similes postulaverit, aut certe mitti se in possessionem ex more petierit, statim inter ipsa huius iuris auspicia propositum suae intentionis explanet.

(d) Ved. *Franke*, diritto degli eredi necess. §. 33. — *Degener*. giorn. di Giessen. XVII. pag. 403.

lare (e). Quest'argomentazione non fa al caso, imperocchè allora è questione di formale istituzione o diseredazione, quando il testatore muore *testatus*, ma non quando muore *ab intestato* o con un semplice codicillo. Ora quando tutti gl'istituiti ricorrono alla clausola codicillare, bisogna reputare non esservi testamento, ma un semplice codicillo *ab intestato*, e cessa l'obbligo della formale istituzione o diseredazione. Questo risultato è adombrato nelle seguenti parole: « Ex testamento, quod agnatione postumae ruptum est consistit, neque directas libertates competere, neque » fideicommissarias deberi, *quas non a legitimis quoque heredibus paterfamilias* » *reliquerit* satis constat ». Pare indubitabile che le parole segnate debbano unicamente significare la clausola codicillare, e perciò affermano la validità di essa anche nel caso di un *testamentum ruptum*. Al contrario il *Mühlenbruch* crede più probabile che *Ulpiano* in questo luogo parli di un puro codicillo *ab intestato*, onde il senso di quelle parole sarebbe: sebbene un testamento rotto per l'*agnatio postumi* diventa nullo in tutte le sue disposizioni, pure il codicillo *ab intestato* non sarebbe rotto dall'agnazione del postumo. Ma *Ulpiano* parla molto chiaramente di una manomissione ordinata in un testamento rotto, e la manomissione così fatta, egli dice, è invalida, quando il testatore non ne abbia gravato anche gli eredi legittimi: secondo questa legge adunque una clausola codicillare in un testamento *ruptum* dev'essere considerata come efficace almeno per convalidare le manomissioni e i legati; e non si saprebbero negare in un caso simile gli altri effetti di questa clausola, come la conferma di una istituzione di erede nella forma di fedecommesso universale.

3) Quando il testamento rimane destituito, per equità si stabilisce che la clausola codicillare ha il pieno suo effetto (f).

4) Quando finalmente un testamento con clausola codicillare è rotto perchè il testatore stesso l'ha rivocato, allora è naturale di reputare annullato e testamento e clausola codicillare (g).

(e) L. 24. §. 11. de fideicomm. libert. (40. 5.). — *Mühlenbruch*, comm. XXXVII. pag. 268. — *Puchta*, Pand. §. 434.

(f) L. 6. pr. si quis om. caus. (29. 4.). — L. 14. C. de fideicom. (6. 42.). *Valerian.* et *Gallien.* Eam, quam frater tuus instituerat, sive quaesita, sive non quaesita hereditate decesserit, quum tamen simpliciter, antequam duodecimum aetatis annum implevisset, verbis precariis testamento facto nonnullos ei voluerit substitutos, nihil prohibet fideicommissum petere vel ab ipsius heredibus vel ab his, qui bona intestati tenent. Tunc enim locum habet, quod regulariter traditur, ea, quae in testamento relinquuntur, si ex testamento non adeatur hereditas, non valere, quum verbis relicta directis adiri potuit hereditas, non quum illa ipsa sic data est, ut esset ab intestato successoribus postulanda. Quod rescripsimus sequentes asseverationem tuam, quasi scripta heres non fuerit iure adoptata. Alioquin si in familia relicta heres facta decesserit, et consequenter ipsius heredes petitioni fideicommissi respondere coguntur. — L. 1. C. de fideicomm. libert. (7. 6.).

(g) *Vangerow*, o. c. §. 527.

III. Del contenuto de' legati.

§. 288.

A. Dell' obbietto dei legati.

Il legato può trasferire al legatario qualunque vantaggio atto ad arricchire il patrimonio di lui. Il vantaggio però dev'essere possibile, e per massima l'oggetto del legato prescritto in modo che il determinarne le qualità non stia solamente in arbitrio di colui cui è imposto.

È senza effetto il legato se l'oggetto fosse assolutamente fuori commercio (a). Intorno a che si noti se la cosa non totalmente sia fuori di commercio, o se abbia questo carattere rispetto ad alcuni soltanto: poichè in tali casi non sempre ne seguita la nullità del legato.

1) Se l'obbietto è fuori commercio solamente rispetto a colui cui è imposto di soddisfare il legato, questo sarà nondimeno efficace, ed il legatario potrà pretendere il prezzo di stima, il valsente della cosa disposta in suo favore (b).

2) Al contrario è senz'effetto il legato se l'oggetto è *extra commercium* del legatario, ossia quando questi per motivi legali non può usarne (c). Si ricordano nondimeno due eccezioni.

a) La cosa altrui è validamente legata, ed il legatario ha diritto a pretenderne il prezzo di stima; imperocchè essendo il *legatum rei alienae* valido quanto alla *aestimatio*, è chiaro che questo valsente forma propriamente il legato, e però la contingenza che l'obbietto sia o no nel commercio del legatario è perfettamente indifferente (d).

b) È altresì validamente legata quella cosa che non è propria fuori commercio del legatario per una proibizione legale, ma che non può venire in proprietà di costui *propter corporis sui vitium*, come quando ad un

(a) §. 4 Inst. de legat (2. 20.). — L. 39. §. 9. 10. de legat. (30). — L. 14. C. de legat. (6. 37.). — confr. L. 41. §. 1. L. 43. §. 1. de legat. (30).

(b) L. 49. §. 3. de legat. (31). *Paul.* Sed Proculus, si quis heredem suum eum fundum, cuius commercium is heres non habeat, dare iusserat ei, qui eius commercium habeat, putat, heredem obligatum esse — quod verius est — vel in ipsam rem, si haec in bonis testatoris fuerit, vel, si non est, in eius aestimationem.

(c) L. 49. §. 2. de legat. (31). *Paul.* Labeo refert, agrum, cuius commercium non habeas, legari tibi posse, Trebatium respondisse; quod merito Priscus Fulcinius falsum esse aiebat.

(d) L. 40. de legat. (30). *Ulp.* Sed si res aliena, cuius commercium legatarius non habet, ei, cui ius possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto aestimationem deberi. — Ved. Glück. ad fragm. T. P. 1817, in contr. Cuiac. op. omn. I. p. 127. 1185.

castrato si lega una *militia* (e); ovvero *propter qualitatem relicti*, e ne è quindi dovuto dall'erede il prezzo di stima (f).

Quando un legato è di nessun momento, perchè *extra commercium omnium*, ovvero *extra commercium legatarii*, rimane sempre nullo, quand'anche durante la vita del testatore l'oggetto fosse rientrato nel commercio (*regula Catoniana* §. 295.). Ma se l'oggetto fosse stato legato sotto condizione, e *pendente conditione* fosse rientrato in commercio, sarà valido il legato per la nota massima, *ad conditionalia legata regula Catoniana non pertinet.*

Quando sia legata una cosa appartenente al legatario nel tempo che fu scritta la disposizione, il legato è nullo, nè secondo la regola Catoniana diventa valido, se anche durante la vita del testatore la cosa fosse dal legatario alienata (g).

Eccezioni :

a) Quando il legato è condizionale, e prima che la condizione si compiesse, la cosa fu alienata, il legato è valido: *regula Catoniana ad legata conditionalia non pertinet;* onde la condizione, *si vivo testatore rem alienaverit*, è valida (h).

b) È valido se la proprietà della cosa, appartenente al legatario, gli è tolta assolutamente e in ogni tempo, come per la *in integrum restitutio* del primo proprietario (i), e per qualunque caso di rivocazione del dominio *ex tunc*, si noti, non *ex nunc*, salvo che il testatore nel legare l'oggetto non avesse saputa quella relazione giuridica del legatario, per la quale il dominio era rivocabile *ex nunc;* poichè, ciò stante, devesi sup-

(e) Ved. L. 4. pr. de re milit. (49. 16.). — confr. L. 35. de legat. (32). — Ved. not. seg.

(f) L. 114. §. 5. de leg. (30). *Marcian.* Si quid alicui licite fuerit relictum, vel ius aliud, quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem causam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit, quanti solet comparari, tantam aestimationem accipiat.

(g) §. 10. Inst. de leg. (2. 20.) — L. 41. §. 2. de legat. (30). *Ulp.* Tractari tamen poterit, si quando marmora, vel columnae fuerint separatae ab aedibus, an legatum convalescat. Et si quidem ab initio non constitit legatum, ex postfacto non convalescet, quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata, quia vires ab initio legatum non habuit. Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere, si existentia conditionis tempore mea non sit, vel aedibus iuncta non sit, secundum eos, qui et emi rem meam sub conditione, et promitti mihi stipulanti, et legari aiunt. Purum igitur legatum Catoniana regula impediet, conditionale non, quia ad conditionalia Catoniana non pertinet. — L. 13. C. de legat. (6. 37.).

(h) L. 41. §. 2. cit. — Ved. not. prec.—L. 98. de cond. et demonstr. (35. 1.).—Ved. *Thibaut* §. 903. — *Mühlenbruch* §. 841. not. 9.

(i) L. 82. §. 1. de legat. (30). *Iulian.* Si ex bonis eius, qui Reipublicae causa aberat, rem usu acquisierim, et ea, antequam evinceretur, mihi legata sit, deinde postea evincatur, recte ex testamento petam, eam mihi dari oportere. Fundus mihi legatus est, proprietatem eius fundi redemi detracto usufructu, postea venditor capite minutus est, et ususfructus ad me pertinere coepit; si ex testamento egero, iudex tanti litem aestimare debebit, quantum mihi aberit.

porre l'intenzione di legare quella cosa pel caso appunto che il legatario ne perdesse il dominio (k).

c) È valido se l'oggetto al tempo della formazione del legato apparteneva al legatario, ma fin da quel tempo al testatore dovea farsene la tradizione, abbia questa o no avuto luogo; poichè il legatario nel primo caso ha diritto alla restituzione, ed è nell'altro liberato, per un vero *legatum liberationis*, di farne la tradizione agli eredi (l). Similmente valido è il legato della cosa del legatario, quando il testatore vi aveva sopra fin dal tempo che scrisse la disposizione un diritto reale, poichè col legato cessa questo diritto in effettivo vantaggio del legatario (m).

Ma se poi si è legato una cosa appartenente al legatario, sulla quale un terzo e non il testatore ha un diritto reale, il legato dev' essere considerato come inefficace, nè il legatario potrà domandarne dall'erede il prezzo di stima, nè pretendere di esser liberato da quel diritto (n): salvo che fosse stato appunto proposito del testatore nel fare il legato quello di liberare il legatario dal diritto reale del terzo; nel qual caso il legato sarà valido nel senso che se è possibile, il legatario potrà pretendere dall'erede che sia prosciolta la sua cosa, od altrimenti avrà diritto ad un prezzo di stima (o).

d) Finalmente quando il testatore erroneamente suppose che la cosa legata appartenesse al legatario, il legato sarà efficace per decisione di Giustiniano (p).

(k) L. 39. §. 2. eod. *Ulp.* Si Titius a me rem emisset, et eandem mihi legasset, antequam ei traderem, mox ei tradidero, et pretium recepero, videtur quidem is prima facie rem mihi meam legasse, et ideo legatum non consistere, sed ex emto actione liberatus utique per legatum rem vindicare potero, quam tradidi. Sed si nondum erat solutum mihi pretium, Iulianus scribit, ex vendito quidem me acturum, ut pretium exsequar, ex testamento vero, ut rem, quam vendidi et tradidi, recipiam. Idem subiungit, si pretium quidem mihi erat solutum, rem autem nondum tradideram, ex testamento me agentem liberationem consequi.

(l) L. 39. §. 2. de legat. eod. — Ved. not. prec.

(m) L. 71. §. 5. L. 86. §. 4. eod. *Ulp.* Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat, petique possit, videamus; et Iulianus libro trigesimo octavo Digestorum scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen, quia aliquod ius in eo is, qui legavit, habet, valere legatum.

(n) L. 66. §. 6. de legat. (31). *Papinian.* Fundo legato si ususfructus alienus sit, nihilominus petendus est ab herede; ususfructus enim, etsi in iure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. Enimvero fundo relicto ob reliquas praestationes, quae legatum sequuntur, agetur, verbi gratia si fundus pignori datus, vel aliena possessio sit. Non idem placuit de ceteris servitutibus. Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit.

(o) L. 43. §. 3. L. 86. de legat. (30.). *Iulian.* Si tibi homo, quem pignori dederas, legatus ab alio fuerit, actionem ex testamento habebis adversus heredem, ut pignus luatur.

(p) §. 11. Inst. de legat. (2. 20.). — Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum; nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione: sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

§. 289.

B. Della sostituzione nei legati.

Come nell'istituzione dell'erede, così nei legati è possibile una sostituzione, di guisachè lo stesso legato passa altrui nel caso che il primo non l'acquista (a).

È possibile ancora che lo stesso legato venga lasciato a molti successivamente nel senso che colui che pel primo lo riceve, dopo un certo tempo, p. e. dopo la sua morte, deve restituirlo all'altro, e questi ad un terzo e così via. Questo è conosciuto col nome di fedecommissaria sostituzione o *precaria substitutio*, in cui si comprende anche il fedecommesso universale. Un legato fatto a questo modo appellasi *legato successivo*, e n'è una specie il legato di famiglia, *fideicommissum familiae relictum* (b); il quale consiste nell'obbligo imposto altrui di lasciare il legato istesso ai parenti di una determinatà famiglia, sia a quella del testatore, sia ad un'altra.

Se il testatore non ha nulla determinato al proposito, colui che ne ebbe il carico, e gli altri successivamente, possono scegliere uno o più dei componenti della famiglia cui dev'essere trasmesso il legato (c). Se l'erede ovvero chi ha il legato non esegue la volontà del testatore, o vende altrui la cosa legata, chiunque della famiglia nella quale il legato deve rimanere, e quindi i parenti del primo legatario han diritto di ripeterlo: coloro che consentirono d'alienarlo, perdono il vantaggio di questo fedecommesso: se poi il consenso fu dato da tutti i componenti della famiglia, si estingue tutto il legato o fedecommesso successivo (d).

(a) L. 50. pr. L. 77. §. 13. de legat. (31.). *Ulp. Volo praedia dari libertis meis; quodsi quis eorum sine liberis vita decesserit, partes eorum ad reliquos pertinere volo;* collibertum patris eundemque filium ex voluntate substitutionem excludere, placuit. — L. 3. de adim. legat. (34. 4.). — L. un. §. 7. C. de cad. toll. (6. 51.).

(b) L. 114. §. 14. 18. de legat. (30.). — L. 32. §. 6. L. 67. pr. §. 1?7. L. 69. §. 1. 3. 4. de legat. (31.). *Modest.* In fideicommisso, quod familiae relinquitur, hi ad petitionem eius admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit. — Ved. not. seg.

(c) L. 67. pr. §. 2. de legat. (31.). *Papinian.* Si Falcidia quaeratur, perinde omnia servabuntur, ac si nominatim ei, qui postea electus est, primo testamento fideicommissum relictum fuisset; non enim facultas necessariae electionis propriae liberalitatis beneficium est; quid est enim, quod de suo videatur reliquisse, qui, quod reliquit omnimodo reddere debuit? Itaque si, quum forte tres ex familia essent eius, qui fideicommissum reliquit, eodem, vel dispari gradu, satis erit, uni reliquisse; nam postquam paritum est voluntati, ceteri conditione deficiunt. — L. 114. §. 17. de legat. (40.).

(d) L. 69. §. 3. de legat. (31.). — L. 67. §. 3. 7. eod. L. 114. §. 15. 18. L. 120. de legat.

Un legato o fedecommesso di famiglia cessa dopo la quarta generazione (e).

Tra i componenti della famiglia pe' vantaggi sopraddetti si comprendono tutti i parenti, ed in mancanza il coniuge di un discendente premorto (f).

IV. Dell'acquisto de' legati.

§. 290.

A. Dei requisiti per l'acquisto in generale.

T. D. Quando dies legatorum vel fideicomm. cedit. (36. 2.). — C. Quando dies legati vel fideicomm. cedit. (6. 53.). — D. Quando dies usufr. legati cedit. (7. 3.).

Per l'acquisto dei legati bisogna avvisare due tempi, quello nel quale nasce il diritto al legato *(dies legati vel fideicommissi cedit)*, e l'altro nel quale si effettua questo diritto *(dies legati vel fideicommissi venit)*.

1) Il primo tempo, *dies legati cedit*, è la morte del testatore, alla quale già il legatario deve essere idoneo ad acquistare il legato, e può già trasmetterne il diritto per successione secondo comporta la natura dell'oggetto (a).

Se nondimeno il legato è sottoposto a condizione sospensiva od a determinazione di tempo incerto, il *dies cedit* solamente all'avvenimento della condizione o del *dies incertus* (b); ma il *dies cedit* anche alla morte

(30.). — L. 77. § 27. h. t. (31.). *Ulp.* Libertia praedium reliquit, ac petiit, ne id alienarent, utque in familia libertorum retinerent. Si excepto uno ceteri partes suas vendiderint, qui non vendidit, ceterorum partes, quibus non dedit alienandi voluntatem, integras petet; eos enim ad fideicommissum videtur invitasse, qui iudicio paruerunt, alioquin perabsurdum erit, vice mutua petitionem induci, scilicet ut ab altero partem alienatam quis petat, quum partem suam alienando perdiderit. Sed hoc ita procedere potest, si pariter alienaverint; ceterum prout quisque prior alienaverit, partem posterioribus non faciet, qui vero tardius vendidit, ei, qui non vendidit, in superiorum partibus fecisse partem intelligitur; at si nemo vendiderit, et novissimus sine liberis vita decesserit, fideicommissi petitio non supererit. — L. 11. C. de fideicom. (6. 42.).

(e) N. 159. c. 2.

(f) L. 69. §. 4. de legat. (31.). — L. 5. C. de V. S. (6. 38.).

(a) L. 5. pr. §. 1. h. t. *Ulp.* Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, heredem suum transfert legatum. Itaque si purum legatum est, ex die mortis dies eius cedit; si vero post diem sint legata relicta, simili modo, atque in puris dies cedit, nisi forte id fuit legatum, quod ad heredem non transit, nam huius dies non ante cedit, ut puta si usufructus sit post annum relictus; hanc enim sententiam probamus.

(b) L. 5. §. 2. h. t. *Ulp.* Sed si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta; nequidem si ea sit conditio, quae in potestate sit legatarii. — L. un. §. 7. C. de cad. toll. (6. 51.). — L. 79. pr. de condit. (35. 1.). — L. 46. 62. §. 1. ad S. C. Trebell. (36. 1.).

uno e non l'altro se più fossero lasciati alla medesima persona, purchè a ciò non fosse contraria la volontà del testatore (i). Se fossero istituiti due legati, de'quali un solo con una qualunque imposizione, ed il legatario rinuncia quello sul quale grava l'imposizione, questa passa sull'altro accettato (k).

B. Relazioni giuridiche nascenti dall'acquisto del legato.

§. 291.

1) Dei diritti dell'erede in generale.

Il legatario pure nel *dies veniens* non può prendere possesso della cosa di propria autorità; se egli se ne fosse messo in possesso prima ancora che la cosa giungesse alle mani di colui cui è imposto il legato, ovvero all'insaputa di colui, è tenuto alla restituzione della cosa per virtù dell' *interdictum quod legatorum* od alla rifazione dei danni. Oltre a ciò l'erede ha il diritto di ripetere dal legatario, quanto abbia speso pel mantenimento dell'oggetto, e quanto costui lucra di là del legato, onde il diritto di ritenzione e la *condictio indebiti* in favore dell'erede (a). Se sulla cosa legata aveva l'erede un diritto di servitù, trasferita la cosa al legatario, quello rivive e mantiensi, quantunque fosse dapprima cessato per confusione di patrimonii nella successione (b).

(i) L. 4. 5. 6. 23. de legat. (31.). *Paul.* Neminem eiusdem rei legatae sibi partem velle, partem nolle verius est. L. 5. Sed duobus legatis relictis unum quidem repudiare, alterum verum amplecti posse respondetur.

(k) L. 5. §. 1. L. 23. de legat. (31.). *Pompon.* Sed si unum ex legatis onus habeat, et hoc repellatur, non idem dicendum est; pone eum, cui decem et Stichus legatus est, rogatum servum manumittere, si Falcidia locum habet, ex decem utriusque legati quarta deducetur; Igitur repudiato servo non evitabitur onus deductionis, sed legatarius ex pecunia duas quartas relinquet. — L. 10. de usu et usufr. (33. 2.).

(a) L. 58-61. de legat. (30.). *Papinian.* Domus hereditarias exustas et heredis numis exstructas ex causa fideicommissi post mortem heredis restituendas, viri boni arbitratu sumtuum rationibus deductis, et aedificiorum aetatibus examinatis, respondi. *Ulp.* Si modo nulla culpa eius incendium contigisset. *Iulian.* Quodsi nulla retentione facta domum tradidisset, incerti condictio ei competet, quasi plus debito solverit. *Papinian.* Sumtus autem in reficienda domu necessarios a legatario factos petenti ei legatum, cuius postea conditio extitit, non esse reputandos existimavi.

(b) L. 18. de servit. (8. 1.). — L. 70. §. 1. L. 116. §. 4. de legat. (30.). *Florent.* Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est, itaque sive ipse fundo heredis servitutem debuit, sive et fundus heredis, licet confusione dominii servitus extincta sit, pristinum ius restituendum est; et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur, si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest.

§. 292.

a) Della sottrazione della quarta Falcidia.

T. Inst. de lege Falcidia (2. 22.). — D. ad legem Falcidiam (35. 2.). — C. ad legem Falcidiam (6. 50.). — *Voorda*, comm. ad legem Falcidiam Fran. 1730. — *Westphal*, dei legati §. 1132. — *Rosshirt*, dei legati I. pag. 520.

Un diritto molto più importante spetta all'erede e deriva dalla legge Falcidia, quello che, quando dopo i legati e le altre *capiones mortis causa* all'erede poco superi o nulla, in somma meno della quarta parte dei beni ereditarii, questi sottrae dal legato ed in generale secondo Giustiniano (a) da ogni *mortis causa capio* tanto che gli conservi libero il quarto della successione. Tutto ciò dopo le inutili determinazioni della legge Furia e Voconia fu stabilito per la legge Falcidia, che fu così rigida da invalidare ogni contraria volontà del testatore (b).

I) Quanto a coloro che han diritto a sottrarre la quarta Falcidia si noti che:

1) Anzi tutto bisogna mantenere il principio che questo diritto spetta non solo all'erede unico, ma a quanti fossero istituiti, in guisa che ciascuno abbia libera la quarta parte della sua quota ereditaria (c).

2) Dal qual principio consegue che se un erede riceve più porzioni distinte, dovrebbe conservar libera la quarta parte di ciascuna. Ma questo risultato non è così assolutamente applicato, e le leggi distinguono tre casi differenti.

a) Alcuna volta chi riceve più porzioni ereditarie ha facoltà di sottrarre la quarta Falcidia da ciascuna, cosicchè queste si reputano perfet-

(a) L. 18. C. h. t. *Iustinian.* Si quis quadringentorum forte solidorum habens substantiam iusserit, heredem non aliter adire hereditatem, nisi prius trecentos octoginta solidos cuidam persolvat, vel aliam quantitatem, quae diminuere Falcidiae rationem potest, sancimus, heredem, si adierit, legis Falcidiae beneficio sustentatum, repleri quidem, quod ad Falcidiam deest, et prius eo dato vel retento (sive una datio est), quae celebrari disposita fuerit, sive in multas dividitur personas praefatae legis immutilatum habere beneficium. Si enim, quum mortis causa donatio procedat, et haec modum legis Falcidiae excedat, heres post aditionem repetit eam pecuniam, quae ultra modum Falcidiae corporaliter quidem data est, lege autem in patrimonio testatoris permansit, quare non in praesenti casu et viventibus et morientibus providemus, et eorum ultima elogia conservantes, et commodum hereditarium non minuentes? — Confr. §. 5. Inst. h, t. L. 5. 12. C. h. t. L. 2. C. de don. caus. mortis (8. 57.). — L. 31. §. 1. de don. inter. vir. et uxor. (24. 1.).

(b) L. 81. §. 4. de legat. (30.). — L. 15. §. 1. L. 17. h. t.

(c) L. 77. h. t. *Gai.* In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse, non dubitatur; et ideo si Titio et Seio heredibus institutis semis hereditatis Titii exhaustus est, Seio autem quadrans totorum bonorum relictus sit, competit Titio beneficium legis Falcidiae.

tamente divise come se invece di concorrere tutte nella persona di un solo erede, fossero lasciate a più eredi. Avviene così, quando le porzioni si riuniscono per semplice caso, come p. e. quando un erede succede per titolo universale al coerede o quando un coerede arroga l'altro e simili (d).

b) In altri casi al contrario le porzioni raccolte da un solo erede vengono riunite in modo, da comporre una sola porzione, e l'erede per conseguenza sottrae una sola volta la quarta Falcidia rispetto a' legatarii ed in proporzione de'legati. Avviene così massimamente quando lo stesso testatore avesse istituito quell'erede *principaliter* in più porzioni; epperò in questo caso quand'anche i legati imposti ad una delle porzioni ne superassero i tre quarti, l'erede non avrà diritto a dedurre la Falcidia s'egli conserva il quarto del complesso di tutte (e).

Quando più porzioni concorrono nella medesima persona, perchè l'erede è sostituito al coerede, le porzioni devono essere riunite insieme per la ragione che la sostituzione volgare non è che una condizionata istituzione, onde questo caso corrisponde esattamente al secondo dei tre casi previsti nelle leggi.

Ma tutto ciò è vero solamente quando lo stesso sostituto fosse gravato di legati dal testatore nella qualità di sostituto, sia che i legati gli fossero imposti pel tempo ch'entra come sostituto, sia che fossero imposti al primo erede e ripetuti per lui. In questo caso adunque le porzioni vengono composte in modo che il *substitutus* ha diritto di sottrarre una sola volta la quarta Falcidia, e la ragione è che egli soddisfa i legati *suo nomine*.

Se al contrario i legati fossero imposti al primo erede, non al sostituto, e questi paga in nome del primo ossia *alieno nomine*, le due porzioni si considerano divise, e da ciascuna vien dedotta la quarta Falcidia; così p. e. quando la porzione della istituzione è superata dai legati, e la porzione accessoria quella della sostituzione no, ovvero quando la prima più e l'altra meno, le due porzioni vengono perfettamente unite; quando al contrario la porzione della sostituzione è molto gravata, e l'altra no, ovvero quando la prima più e l'altra meno, le due porzioni si mantengono divise e da ciascuna vien dedotta la quarta Falcidia (f).

(d) L. 1. §. 15. h. t. *Paul.* Si coheredem meum post aditam hereditatem arrogavero, non dubitabitur, quin separandae sint portiones, perinde atque si coheredi meo heres extitissem.

(e) L. 1. §. 13. L. 11. §. 7. L. 87. §. 3. h. t. *Iulian.* Si tu ex parte quarta, Titius ex parte quarta heredes scripti fueritis, deinde tu ex parte dimidia heres institutus fueris, sub conditione, et legata, item libertates datae fuerint, pendente conditione libertates competent, legata tota praestabuntur, quia, sive conditio extiterit te herede existente, utraque valent, sive conditio defecerit, tu et Titius heredes eritis. Lege Falcidia si hoc quaeris, an existente conditione miscetur quadrans tuus et semis, atque ita pro dodrante ratio ponenda est cum his, quibus a te pure herede legatum est? respondebimus, misceri duas partes.

(f) L. 87. §. 4. 5. h. t. *Iulian.* Qui filium suum impuberem et Titium aequis partibus he-

c) Altri casi vi sono in cui le porzioni che concorrono devono essere considerate divise, ma ciò che si guadagna in una, dedotta la quarta Falcidia, dev'essere accresciuta all'altra porzione. Sebbene il risultato di questa computazione sembra identico all'altro, quando cioè le porzioni debbono essere riunite, pure se è così rispetto all'erede non è così pe'legatarii. Imperocchè la differenza è visibile: supposto il caso che le due porzioni montino ciascuna a 400, e che sopra una pesi un legato di 250, sull'altra uno di 500; se si dovesse applicare la regola del secondo caso, ossia la perfetta unione delle due porzioni e dei legati, risulterebbe che i legati ledono per 150 la quarta parte delle due porzioni unite: l'eccesso dovrebbe sottrarsi dai due legati in proporzione, onde il primo legatario riceverebbe 200 e l'altro 400. Invece per la computazione del terzo caso, divise le due porzioni, il primo riceverebbe tutti i suoi 250, il secondo riceverebbe solamente 350, cioè 300 sulla porzione a lui specialmente gravata, e 50 resto della prima porzione dopo dedotta la quarta Falcidia.

Quando nel medesimo testamento sono istituiti il padrone e lo schiavo, il padre ed il figlio, e per comando del padrone o del padre si accetta l'eredità dal figlio o dallo schiavo, come nel caso della sostituzione volgare, anche qui si fa distinzione, se è gravata la porzione principale o l'accessoria; se i legati pesano sulla porzione dello schiavo o del figlio di famiglia le due porzioni rimangono divise, e le libere porzioni del padrone e del padre non gioveranno ai legatarii (g). Quando invece la porzione del padre, o del padrone è gravata di legati o è gravata più dell'accessoria, succede il terzo caso testè osservato, onde le porzioni non vengono perfettamente confuse, come trattandosi di sostituzione volgare, ma ciò che avanza di libero nella porzione accessoria aumenta la principale per la soddisfazione dei legati (h).

redes instituerat, a filio totum semissem legaverat, a Titio nihil, et Titium filio substituerat; quaesitum est, quum Titius ex institutione adiisset, et impubere filio mortuo ex substitutione heres extitisset, quantum legatorum nomine praestare deberet. Et placuit, solida legata eum praestare debere, nam confusi duo semisses efficerent, ut circa legem Falcidiam totius assis ratio haberetur, et solida legata praestarentur. Sed hoc ita verum est, si filius, antequam patri heres existeret, decessisset. Si vero patri heres fuit, non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat, quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli, qui nihil amplius, quam semissis dodrantem praestare necesse habuit. Quodsi extranei heredis semis totus legatus fuerit, isque a pupillo, a quo nihil legatum erat, ex substitutione heres extiterit, poterit dici, augeri legata, et perinde agendum, ac si cuilibet coheredi substitutus fuisset, eoque omittente hereditatem ex asse heres extitisset, quia semper substitutus rationem legis Falcidiae ex quantitate bonorum, quae pater reliquerit, ponet. — Confr. L. 1. §. 13. h. t. cit.

(g) L. 21. §. 1. h. t. — Ved. not. seg.

(h) L. 21. §. 1. *Paul.* Si ego et servus meus heredes instituti simus ex diversis partibus, nec a servo erogatus dodrans his, quibus a me legatum est, contra Falcidiam proderit, quod ex portione servi ad me pervenit supra Falcidiam eius portionis. Ex contrario si servo meo servus,

Lo stesso principio sarà applicato nel caso di accrescimento, cioè quando la porzione accessoria, l'accrescente, è gravata, le due porzioni si lasciano perfettamente divise; e per conseguenza la porzione non aggravata o poco gravata non giova ai legatarii dell'accessoria, e l'erede ha diritto di detrarre la quarta Falcidia: *portione gravata accrescente portioni gravatae quarta deducitur*. Al contrario quando è gravata la principale e non l'accessoria, l'erede è obbligato di supplire a ciò che nella prima manca per la soddisfazione dei legati con quello che guadagna di libero nella porzione accessoria, *portione non gravata accrescente portioni gravatae, quarta non deducitur* (i).

II. Affinchè si potesse togliere una giusta misura per sottrarre la quarta Falcidia fa mestieri avere l'esatto valore del patrimonio ereditario al tempo che s'apre la successione, onde bisogna che si determini l'attivo dell'eredità sempre al tempo della morte del testatore, e si riduca a somma precisa: un aumento posteriore vantaggia l'erede, come a lui nuoce un posteriore decrescimento del patrimonio (k). In caso che vi siano crediti *sub conditione* si devono bensì computare nell'attivo del patrimonio, ma come la loro sussistenza è incerta, il legatario deve prestare cauzione, che se il credito manca, e diminuisce quindi il patrimonio, si sottragga contro lui, se n'è il caso, la quarta Falcidia. Ancora in caso d'insolvenza del debitore si computa nell'eredità quanto si può ricavare da lui e dalla vendita del *nomen* (l); e se un debitore dell'eredità è istituito erede, quantun-

et mihi decem legata fuerint, servi Falcidia ex decem mihi legatis non tenetur exemplo eodem Falcidiae; nam quartam retineo ex persona servi, quamvis de mea portione nihil exhaustum sit. — Cit. L. 25. pr. eod.

(i) L. 78. h. t. *Gai*. Quodsi alterutro eorum deficiente alter heres solus extiterit, utrum perinde ratio legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an singulorum portionum separatim causae spectandae sunt? Et placet, si eius pars legatis exhausta sit, qui heres extiterit, adiuvari legatarios per deficientem partem, quae non est legatis onerata, quia et legata, quae apud heredem remanent, efficiunt, ut ceteris legatariis aut nihil, aut minus detrahatur; si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret.

(k) §. 2. Iust. h. t.—L. 30. 42-62. §. 1. L. 73. pr. h. t. *Gai*. In quantitate patrimonii exquirenda visum est, mortis tempus spectari. Qua de causa si quis centum in bonis habuerit, tota ea legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios, aut ex partu ancillarum hereditariarum, aut ex foetu pecorum tantum accesserit hereditati, ut centum legatorum nomine erogatis habiturus sit heres quartam partem; sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Et ex diverso, si ex centum septuagintaquinque legaverit, et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum, ut non plus quam septuagintaquinque, vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur; nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem; quae res efficit, ut necesse sit legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portionem legatorum pacisci. — confr. L. 1. §. 17. L. 9. §. 56. §. 1. L. 73. §. 1. h. t.

(l) L. 73. §. 1. *Gai*. Magna dubitatio fuit de his, quorum conditio mortis tempore pendet,

que per mezzo dell'adizione sia estinta l'obbligazione, pure questa cifra dev'essere compresa nel patrimonio attivo (m).

In secondo luogo legalmente bisogna riuscire alla precisa somma dei debiti, ed anche quelli *sub conditione* devono esservi compresi: senonchè, come pei crediti condizionali il legatario, per questi debiti deve l'erede prestare cauzione, perchè mancando essi, ed aumentando per conseguenza il patrimonio, restituisse al legatario tanto, quanto egli dedusse in più nella quarta Falcidia (o). Sono da computarsi nel passivo dell'eredità le spese dei funerali e tutte quelle fatte per l'eredità medesima (p).

Dopo così appurate amendue le somme, detratta quella dei debiti dall'attivo, di ciò che avanza tre quarti saran divisi tra i legatarii secondo la proporzione de' legati, ed un quarto resterà all'erede.

Dev'essere imputato nella *quarta* che si lascia all'erede:

a) Tutto ciò che si acquista come erede, non mai quello che si acquista dalla eredità a titolo singolare; per la qual cosa nella *quarta* saranno imputati tutti i legati riusciti vani, sia che tali fossero dal principio, sia che addivenissero invalidi in seguito, ma non verrà conferito quello che si acquista in qualità di legatario; onde del prelegato non vien conferito nella *quarta* se non la porzione che l'erede dovrebbe pagare a sè stesso, ch'è quel che egli acquista da erede (§ 285), nè s'imputa quanto l'erede riceve per l'adempimento di una condizione o pel fatto proprio (q).

id est, an, quod sub conditione debetur, in stipulatoris bonis adnumeretur, et promissoris bonis detrahatur. Sed hoc iure utimur, ut, quanti ea spes obligationis venire possit, tantum stipulatoris quidem bonis accedere videatur, promissoris vero decedere; aut cautionibus res expilicari potest, ut duorum alterum fiat, aut ita ratio habeatur, tanquam pure debeatur, aut ita, tanquam nihil debeatur. Deinde heredes et legatarii inter se caveant, ut existente conditione aut heres reddat, quanto minus solverit, aut legatarii restituant, quanto plus consecuti sint. — L. 82. h. t.

(m) L. 1. §. 18. h. t. *Paul.* Si debitor creditori heres existat, quamvis confusione liberetur, tamen locupletiorem hereditatem percipere videtur, ut computetur ei, quod debet, quamvis aditione confusum sit.

(o) §. 3. Inst. h. t. — L. 39. 73. §. 1. h. t. — Ved. not. (m). — confr. L. 54-81. §. 1. 2. eod. — L. 6. C. h. t.

(p) §. 3. Inst. cit. L. 1. §. 19. L. 2. 72. h. t. *Paul.* De impensa monumenti nomine facta quaeritur, an deduci debeat. Et Sabinus ita deducendum putat, si necessarium fuerit, monumentum extruere. Marcellus consultus, an funeris monumentique impensa, quantam testator fieri iussit, in aere alieno deduci debeat, respondit, non amplius eo nomine, quam quod funeris causa consumtum est, deducendum; nam eius, quod in extructionem monumenti erogatum est, diversam esse causam, nec enim ita monumenti aedificationem necessariam esse, ut sit funus ac sepultura; idcirco eum, cui pecunia ad faciendum monumentum legata sit, Falcidiam passurum. — L. 22. §. 9. C. de iure deliberandi (6. 39.).

(q) L. 3. pr. §. 1. L. 21. pr. L. 50. 51. L. 74. 76. pr. §. 1. h. t. *Cels.* Non est dubium, quin ea legata, a quibus heres summovere exceptione petitorem potest, in quartam ei imputentur, nec ceterorum legata minuant. *Iulian.* Nec interest, utrum ab initio quasi inutile fuerit, an ex accidenti postea in eum casum pervenisset legatum, ut actio eius denegaretur.

b) Circa ai frutti bisogna sceverare quelli raccolti nel tempo della eredità giacente da quelli raccolti dopo l'adizione: i primi non devono mai essere imputati nella *quarta* Falcidia, e vanno tutti in beneficio dell'erede, e ciò per il principio fondamentale di questa teoria, cioè che il patrimonio per la *quarta* deve calcolarsi sempre al tempo della morte del testatore; nè deve variare per qualunque mutazione seguita di poi (r): Pei secondi, che sono i frutti raccolti dopo l'adizione dell'eredità, è mestieri notare:

aa) Se il *dies legati venit* nello stesso momento dell'adizione, ed il legato non è soddisfatto allora, i frutti raccolti da questo momento fino al pagamento del legato non sono imputabili nella *quarta* dell'erede, sebbene quasi sempre l'erede rispetto al legatario resterà obbligato direttamente pei frutti ed interessi scaduti da quel tempo. La ragione è, che le mutazioni di patrimonio che avvengono dopo il *dies veniens*, anche meno che prima ponno esser valutate nella computazione della legge Falcidia.

bb) Al contrario se il legato è condizionato o con determinazione di tempo, l'erede deve imputare nella sua *quarta* i frutti e gl'interessi scaduti dal tempo dell'adizione della eredità fino al pagamento del legato medesimo (s).

5) Difficile si rende il computare la quarta Falcidia quando si tratta di legati di alimenti o rendite specialmente se lasciati a persone giuridiche. Intorno a ciò bisogna considerare i seguenti casi:

a) Se fu lasciato un legato ad un ente morale, si avrà per legato un capitale, di cui il quattro per cento forma la somma annuale legata (t).

b) Se annui legati, alimenti o usufrutto fu l'obbietto del legato, le leggi stabiliscono una proporzione secondo la probabile età del legatario, e precisamente: se si tratta di alimenti da 1 fino a 20 anni si calcolano per 30 anni, da 20-25 anni 28, da 25-30 anni 25, da 30-35 anni 22, da 35-40 anni 20, da 40-50 si computano tanti anni per quanti ce ne vogliono per giungere a sessanta meno uno, da 50-55 anni 9, da 55-60 anni 7, dai 60 in poi anni 5. Se si tratta di usufrutto da 1-30 anni 30, e dai 30 altrettanti anni quanti mancano per giungere ai 60 (u).

(r) L. 30. pr. L. 73. pr. h. t. — Ved. not. (l). §. 2. Inst. h. t.

(s) L. 15. §. 6. L. 24. §. 1. L. 88. §. 1. h. t.

(t) L. 3. §. 2. h. t. *Paul.* Item si Reipublicae in annos singulos legatum sit, quum de lege Falcidia quaeratur, Marcellus putat, tantum videri legatum, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes eius summae, quae legata est, colligendas.

(u) L. 68. h. t. *Aemil. Macer.* Computationi in alimentis faciendae hanc formam esse Ulpianus scribit, ut a prima aetate usque ad annum vicesimum quantitas alimentorum triginta annorum computetur, eiusque quantitatis Falcidia praestetur; ab annis vero viginti usque ad annum vicesimumquintum, annorum vigintiocto; ab annis vigintiquinque usque ad annos tri-

Questo calcolo è necessario nel concorso di più legatarii, onde fa bisogno calcolare la *quarta* rispetto a tutti, ovvero quando già la prestazione del primo anno offenda la quarta dell'erede; se no, le annualità devono esser pagate per intiero, e solo giungendo all'annualità che lede la *quarta*, in un modo retrogrado si diminuiscono le prestazioni di ogni singolo anno (vv).

III. I mezzi per cui l'erede fa valere contro i legatarii le regole della Falcidia sono diversi secondo i casi:

1) Se la cosa legata è tuttora presso l'erede, questi può ritenerla finchè non se ne deduce la *quarta;* se si dubita spettargli tale sottrazione, o la *quarta*, la cosa dev'esser consegnata al legatario, ma l'erede può pretendere da lui una cauzione, per cui, se dal legato la *quarta* gli è veramente lesa, gli si restituisse il dippiù (v).

2) Se l'erede per errore di fatto scusabile abbia pagato al legatario tutto intero il legato senza dedurne la *quarta*, potrà esercitare la *condictio indebiti* per conseguire quello che avrebbe potuto ritenere (x).

3) Se abbia pagato indotto per frode dal legatario si servirà dell'*actio de dolo* (y).

4) Finalmente se l'oggetto è in possesso del legatario per propria autorità di lui, l'erede avrà l'*interdictum quod legatorum*, ovvero potrà rivendicare la parte che gli sarebbe spettata, ma, se le cose non fossero corporali, avrà un'*actio in factum* (z).

ginta, annorum vigintiquinque; ab annis triginta usque ad annos trigintaquinque, annorum vigintiduo; ab annis trigintaquinque usque ad annos quadraginta, annorum viginti; ab annis quadraginta usque ad annos quinquaginta tot annorum computatio fit, quot aetati eius ad annum sexagesimum deerit, remisso uno anno; ab anno vero quinquagesimo usque ad annum quinquagesimum quintum, annorum novem; ab annis quinquagintaquinque usque ad annum sexagesimum, annorum septem; ab annis sexaginta, cuiuscunque aetatis sit, annorum quinque; eoque nos iure uti Ulpianus ait, et circa computationem ususfructus faciendam. Solitum est tamen a prima aetate usque ad annum trigesimum computationem annorum triginta fieri; ab annis vero triginta tot annorum computationem iniri, quot ad annum sexagesimum deesse videntur; nunquam ergo amplius, quam triginta annorum computatio initur. Sic denique, et si Reipublicae ususfructus legetur, sive simpliciter, sive ad ludos, triginta annorum computatio fit.

(vv) L. 47. 55. h. t. *Ulp.* Lex Falcidia, si interveniat, in omnibus pensionibus locum habet. Sed hoc ex postfacto apparebit, utputa in annua singulos legatum relictum est; quamdiu Falcidia nondum locum habet, integrae pensiones annuae dabuntur; sed enim, si annus venerit, quo fit, ut contra legem Falcidiam ultra dodrantem aliquid debeatur, eveniet, ut retro omnia legata singulorum annorum imminuantur.

(v) L. 15. §. 1. h. t.—L. 1. pr. §. 11. L. 3. 5. si quis plus. quam L. Falc. (35. 3.).

(x) L. 9. C. h. t. *Gord.* Error facti quartae ex causa fideicommissi non retentae repetitionem non impedit. Is autem, qui sciens se posse retinere, universum restituit, condictionem non habet; quin etiam si ius ignoraverit, cessat repetitio.

(y) L. 23. de dolo malo (4. 3.).

(z) L. 26. pr. h. t. *Scaev.* Lineam margaritorum trigintaquinque legavit, quae linea apud

IV. Vi sono persone alle quali non vien concesso il beneficio della legge Falcidia. I motivi di questa eccezione derivano dalle condizioni personali del testatore, o dell'erede, o dalla qualità stessa del legato.

1) Per motivi che nascono dalla persona del testatore si notano nelle leggi i seguenti casi:

a) Per privilegio non è permesso di sottrarre la *quarta* nella successione aperta per testamento militare (aa). Se un soldato avesse prima legati militari nel testamento, e quindi formatine altri pagani, da' secondi si potrà sottrarre la quarta Falcidia, la quale però non sarà la quarta parte dell'eredità, ma di ciò che avanza soddisfatti i legati militari. Nel caso poi che i legati del testamento militare esauriscono tutto il patrimonio, saran proporzionalmente diminuiti sol di tanto che basti a soddisfare quelli del testamento pagano (bb).

b) Nel diritto anteriore a Giustiniano il testatore non poteva vietare l'uso della legge Falcidia: ma Giustiniano gli concesse anche questa facoltà, di guisa che la *quarta* non si può sottrarre contro la volontà del testatore. Tutto ciò può essere comandato dal testatore tanto espressamente, quanto mediante comando di non alienare le cose legate (cc).

2) Non si sottrae la *quarta* per motivi personali dell'erede:

a) Quando questi espressamente o tacitamente vi rinuncia, ossia tanto se egli promette di pagare i legati senza far uso della legge Falcidia, quanto se egli scientemente ha soddisfatto tutto intiero il legato (dd). Se

legatarium fuerat mortis tempore; quaero, an ea linea heredi restitui deberet propter legem Falcidiam. Respondit, posse heredem consequi, ut ei restituatur, ac, si malit, posse vindicare partem in ea linea, quae propter legis Falcidiae rationem deberet remanere. Quaesitum est, an pretium statuarum Falcidiam pati debeat. Respondit, debere. — L. 77. §. 2. de legat. (31.).

(aa) L. 7. C. h. t. *Alexand.* In testamento quidem militis ius legis Falcidiae cessat. Sed ea, quae ad vos pertinentia defunctus tenuit, bonorum eius videri minime possunt, et ideo recte rationem eorum, ut aeris alieni, haberi desiderabitis. — L. 12. C. de test. mil. (6. 2.). — L. 3. §. 1. ad SC. Trebell. (36. 1.).

(bb) L. 17. §. 4. L. 18. de test. mil. (29. 1.). — L. 17. 92. 96. h. t. *Scaev.* Si post missionem faciat codicillos miles, et intra annum decedat, ex testamento, quod in militia iure militari fecit, plena legata, ex codicillis habita Falcidiae ratione praestari debere dicitur; sed res ita expedietur, si, quum quadringenta haberet, testamento quadringenta, codicillis centum legaverit, ex quinta parte, id est octoginta, quae ad legatarium ex codicillis pervenirent, si Falcidiam non pateretur, quartam, id est viginti, heres retinebit.

(cc) Nov. 1. Nov. 2. §. 2. c. 119. c. 11.

(dd) L. 19. C. h. t. — Quum certum sit, heredem, qui plenam fidem testatori exhibet, in solidum legata dependentem, non posse postea rationem legis Falcidiae praetendentem repetitione uti, quia videtur voluntatem testatoris sequi, iubemus, hoc simili modo firmum haberi, et si cautionem super integra legatorum solutione fecerit; quod veteribus legibus in ambiguitatem deductum est. In utroque etenim casu, id est sive solverit, sive super hoc cautionem fecerit, aequitatis ratio similia suadere videtur. — confr. L. 46. 71. h. t. L. 20. §. 1. de donat. (39. 5.).

una tale promessa nondimeno fu fatta durante la vita del testatore, l'erede non vi resta obbligato, poichè non è possibile accettazione o rinuncia circa l'eredità di un vivente.

b) In molti casi vien negato per pena all'erede di sottrarre la *quarta*, e propriamente

aa) quando egli trascura di fare l'inventario (ee);

bb) quando egli con frode tenta di far perdere il diritto al legatario, come quando invola le cose legate; nel qual caso è regola che dal fisco venga sottratta la *quarta* che spetterebbe all'erede, onde quella porzione è considerata come non appartenente alla eredità (ff).

cc) Anche l'erede fiduciario perde il diritto alla quarta Trebellianica quando sia stato costretto ad adire l'eredità (gg).

3) Finalmente non si deduce la quarta Falcidia per la natura speciale del legato:

a) nei legati di libertà (hh);

b) nei legati di quelle cose le quali non hanno veramente un valore, come i legati di documenti (ii);

c) nel *legatum debiti* (kk);

e) nei legati diretti a soddisfare o compiere la porzione legittima (ll);

f) nei legati di quelle cose, che il marito ha provveduto alla moglie (mm);

g) finalmente nei legati *ad pias causas* (nn).

Quando il legato è dispensato da questa riduzione le conseguenze di una tale eccezione possono essere di tre specie.

a) O l'erede a cagione di una simile eccezione ha facoltà di ridurre più fortemente gli altri legati tanto da rinfrancarsi di quel che non potette dal primo ridurre: questo caso è rammentato dalla legge Falcidia (oo).

(ee) L. 22. §. 14. C. de iur. delib. (6. 30.). Nov. 1. c. 2.

(ff) L. 59. pr. h. t. *Modest.* Beneficio legis Falcidiae indignus esse videtur, qui id egerit, ut fideicommissum intercidat. — L. 6. de his, quae ut ind. (34. 9.). — L. 24. pr. h. t.

(gg) L. 4. 14. §. 4. L. 27. §. 14. ad SC. Trebell. (36. 1.).

(hh) L. 33. 35. 36. §. 3. h. t. *Paul.* Si servus tibi legatus sit, eumque rogatus sis manumittere, nec praeterea capias, unde quartam, quae per Falcidiam retinetur, recipere possis, Senatus censuit, cessare Falcidiam.

(ii) L. 15. C. h. t.

(kk) L. 57. 81. §. 1. h. t. *Gai.* Dos relegata extra rationem legis Falcidiae est, scilicet quia suam rem mulier recipere videtur.

(ll) L. 36. pr. C. de inoff. test. (3. 28.). — confr. L. 87. §. 4. de legat. (31.).

(mm) L. 81. §. 2. h. t. *Gai.* Sed et de his quoque rebus, quae mulieris causa emtae, paratae essent, ut hae quoque extra modum legis essent, nominatim ipsa Falcidia lege expressum est.

(nn) Nov. 131. c. 12.

(oo) L. 88. §. 1. 2. h. t. L. 6. fin. de fideicom. libert. (40. 5.). *Paul.* Decem legata sunt,

b) O la eccezione del legato va esclusivamente a carico dell'erede, di guisa che questi potrà sottrarre solo la *quarta* rispetto agli altri legati non eccettuati: questo avviene quando l'erede in favore del legatario rinuncia al suo diritto di sottrazione, o quando tale diritto è tolto all'erede come indegno (pp).

c) O finalmente l'eccezione di cui si tratta può avere la conseguenza che il legato privilegiato si prelevi anteriormente dall'eredità, come fosse un debito di questa, e l'erede, se è il caso, farà uso della legge Falcidia proporzionalmente alla successione così ridotta sopra'gli altri legati. Questo avviene massimamente nella successione di un soldato che ha lasciato legati nel testamento militare, ed altri da pagano (qq); pe'legati ad *pias causas* (rr); pe'legati di quelle cose che il marito ha appositamente procurate alla moglie (ss); finalmente per quei legati, i quali sono destinati a soddisfare o compiere la porzione legittima.

ANNOTAZIONE

L'applicazione delle regole della legge Falcidia al caso della sostituzione pupillare, come quella che offre molte difficoltà, merita speciale considerazione.

Al proposito fa mestieri stabilire il principio che i legati imposti al sostituto pupillare, gravano il patrimonio del padre, o con altre parole essi sono istituiti in *primis tabulis sub conditione*. Ciò premesso possiamo avere le seguenti combinazioni di casi:

1) Quando il pupillo è istituito erede, e tanto egli, quanto il sostituto pupillare sono gravati di legati, secondo il principio testè enunciato, si ha la massima: *in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari*, la quale altrimenti suona così: la quarta Falcidia si computa in guisa, che il complesso dell'eredità paterna, qual è al punto della morte del padre, sia fondamento della computazione; quindi se la somma di tutti i legati, tanto di quelli messi a carico del pupillo, quanto di quelli imposti al sostituto, supera i 3|4 dell'eredità, i legati tutti vengono in proporzione diminuiti. Ora meditata a fondo questa massima , vi si notano tre principii : cioè 1) in primo

et rogatus est legatarius Stichum emere et manumittere; Falcidia intervenit, et minoris emi servus non potest; quidam putant, dodrantem accipere debere legatarium, nec emere compellendum. Iidem putant, etiam si suum servum rogatus sit manumittere, et dodrantem ex legato acceperit, non esse compellendum manumittere. Videamus, ne utique in hac specie aliud dicendum sit; sed in superiore sunt, qui putant, cogendum legatarium redimere servum, et se oneri subiecisse, dum accepit vel dodrantem. Sed si paratus sit retro restituere, quod accepit, an audiendus sit, videndum. Sed cogendus heres tota decem praestare, perinde atque si adiecisset testator, ut integra praestentur.

(pp) L. 24. pr. L. 46. 59. 71. h. t.—L. 6. de his quae ut indign. (34. 9.).

(qq) L. 17. §. 4. L. 18. de test. mil. (29. 1.). — L. 17. 92. 96. h. t.

(rr) Nov. 131. c. 12.

(ss) L. 81. §. 2. conf. col. §. 1. h. t.—L. 87. §. 4. de legat. (31.).—L. 36. C. de inoff. test. (3. 28.). — Conf. L. 22. §. 1. 2. h. t. — Ved. *Arndts*, Pand. §. 567. — *Vangerow*, o. c. §. 538. in contr. *Puchta*, Pand. §. 549.

luogo vien considerata solo l'eredità paterna, non il patrimonio del pupillo altronde proveniente; 2) in secondo luogo il tempo per la computazione della *quarta* è la morte del padre, e però l'aumento o la diminuzione dell'eredità paterna seguita di poi non rileva; 3) finalmente che tutti i legati sono intesi come aggravanti la condizione del medesimo erede (a). Questi tre principii menano lucidamente alla conseguenza che il sostituto soddisfar dee i legati suoi e del pupillo, e si serve della legge Falcidia computando il patrimonio al momento della morte del padre. Ciò posto, è possibile che quando egli entra nell'eredità dopo morto il pupillo nell'impubertà, può lucrare più che la quarta parte soddisfatti i legati; ovvero può non restargli nulla dell'eredità, specialmente quando dopo la morte del padre l'eredità siasi diminuita; sicchè è consumato quanto avrebbe dovuto lucrare, onde, pagando i legati, non gli rimane nulla dell'eredità. Anzi è anche probabile che quel ch'è scemato importi più di quanto si sarebbe dovuto dare ai legatarii, dedotta la *quarta*, ed allora il sostituto pupillare sarà obbligato di pagare anche *de proprio*, per la ragione che i legati debbono essere pagati secondo il valore del patrimonio al tempo della morte del testatore. Valga per esempio il caso che l'eredità del padre somma a 1000, e ad 800 i legati imposti al figlio ed al sostituto, dedotta una volta sola la *quarta*, all'erede spetterebbe secondo le regole generali 250, ed ai legatarii 750. Se, ereditando il sostituto, il patrimonio trovasi di 1000, egli pagherà i legati per 750, lucrerà sull'eredità 250; ma se il patrimonio è ridotto appunto a 750, non gli è più lecita altra sottrazione, e pagherà ai legatarii l'intiera somma di 750, niente lucrando per sè: e se, ciò ch'è possibile, non più sussista che la somma di 700, il sostituto non solo non guadagna, ma deve pagare 50 *de proprio*. Questo sembra essere il vero significato della legge 11. §. 5. h. t. di Papiniano, di cui tanto s'è discorso, la quale, se s'intende col principio enunciato in fine: *quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur* (b), si vedrà chiarissima.

Affinchè si potesse giuridicamente giungere a questo risultato fa mestieri stabilire: che allora i sostituti pupillari han diritto al beneficio della legge Falcidia, quando lo ha già il pupillo istituito, come nel caso addotto. Ma è dubbio, anzi si avrà il risultato contrario quando vi sieno più sostituti, e ad uno di essi sia imposto un legato, il quale, supponendolo pure a carico del pupillo e sommato quindi con quelli di cui è gravato costui, non sovreccedesse la *quarta* del patrimonio, onde al pupillo non spettasse di ridurlo: imperocchè questo legato, per regola, non dovrebbe ridursi mai, quand'anche superasse il quarto della porzione propria del sostituto: *in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari*. Così, supposto che il patrimonio del padre al momento della morte valesse 400, che gli sia istituito erede il figlio e gravato di un legato di 200; che gli sia sostituito pupillarmente Tizio e Caio, e che sulla porzione del primo il padre imponesse un legato di 100: applicando a questo caso la regola

(a) L. 79. h. t.—L. 1. §. 1. si cui plus quam leg. Falc. (35. 3.). *Gai.* In duplicibus testamentis, sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater, quum moreretur, habuerit nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel acquisierit aliquid, vel deminuerit, sive de legatis quaeramus, tam ea, quae in primis, quam ea, quae in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribuuntur, tanquam si et ea, quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia conditione legasset.

(b) Ved. *Govean*. comm. ad in tit. ad leg. Falc. in op. omn. pag. 184. Glossa ad h. t. — *Cuiac*. oper. omn. IV. pag. 760. in libr. XXIV. Quaest. Papin. ad h. t. — *De Pforden*, dissertaz. di dr. delle pand. Erlang. 1840. — *Vangerow*, arch. di prat. civ. XXXVI, pag. 317.

generale risulta che riuniti i due legati in una somma, ossia 300, non superano la *quarta* del pupillo, e perciò non essendo per costui caso di legge Falcidia, non sarà neppure per Tizio. Conseguenza di un tale principio sarebbe che Tizio il quale entra con l'altro sostituto nell'eredità del padre riceve 200, de' quali dovrebbe pagare 100 pel legato caricatogli direttamente, e 100 per la porzione del legato imposto al pupillo, ossia dovrebbe dare tutta la sua porzione ai legatarii senza avere nessun diritto di riduzione in suo favore: Caio all'incontro dei suoi 200 ne pagherebbe soli 100 al legatario del pupillo.

Nondimeno questo caso è deciso nelle leggi romane tutto all'apposto, dandosi a quel sostituito il diritto di dedurre per la sua porzione la quarta Falcidia; di guisa che Tizio avrebbe facoltà di dedurre 50, ed il resto ripartirlo in proporzione tra i legatarii. *Gaio* decide *sic et simpliciter* in quest'ultimo modo la questione (c), ma *Papiniano* tratta lo stesso caso profondamente, ed argomentando dai suoi dubbii, e dal modo come egli si sforza a dimostrare la sua tesi, si congettura essere stato questo caso molto controverso presso gli antichi giureconsulti romani (d).

In quest'ultima legge Papiniano pone due casi: 1) quando i legati stessi soprecedessero i 3/4 della porzione del sostituto, e dapprima riconosce che secondo il principio innanzi accennato (L. 11. §. 5. h. t.) bisognerebbe negargli il diritto di riduzione, non essendovi per lo stesso istituito pupillo *(quam pupillus non haberet)*; ma dopo un esame più accurato, egli prosegue, bisogna pure risolversi al contrario, cioè che il sostituto così sopraggravato, abbia facoltà di valersi anche rispetto alla sua porzione della legge Falcidia. Imperocchè nel principio che il sostituto del pupillo dev'essere considerato come istituito dal padre, consistono altri principii; come quello di computare il patrimonio del padre non del figliuolo, e l'altro che i legati a carico del sostituto e quelli a carico dell'istituito, devono essere insieme sommati; e perciò quando vi sono più sostituti, esclusa per così dire ogni altra persona che sta tra essi ed il testatore, debbono essere riguardati come istituiti nel testamento del padre. E per questa via il diritto di sottrarre una speciale quarta Falcidia rispetto alla porzione del sostituto aggravata oltre tre quarti può essere giustificata.

(c) L. 80. pr. h. t. *Gai.* Si is, qui quadringenta in patrimonio habebit, filio impubere herede instituto ducenta legaverit, eique Titium et Seium heredes substituerit, et a Titio centum legaverit, videamus, quid iuris sit, si nondum solutis legatis pupillus decesserit, et ob id ea legata utrique deberent. Solus heres Titius utetur lege Falcidia; quum enim ducenta ex hereditate pupilli ad eum pertineant, ducenta legatorum nomine debet, centum ex ducentis, quae pupillus debebat, centum, quae ipse dare iussus est; itaque ex utraque quantitate quarta deducta habebit quinquaginta. In persona vero Seii lex Falcidia non intervenit, quum ad eum ex hereditate pupilli ducenta pertineant, et debeat legatorum nomine centum ex ducentis, quae a pupillo relicta sunt. Quodsi pupillus solvat legata, debent curare tutores pupilli, ut caveant legatarii.

(d) L. 11. §. 5. h. t. *Papinian.* Quod vulgo dicitur, in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari, quam potestatem habeat, videndum est. Quamvis enim substitutus, quae a pupillo relicta sunt, quum filius heres extitit, ut aes alienum quodlibet debeat, tamen propter ea, quae data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quae poterit evenire, ne substitutus quidquam retineat, velut longe plus habeat quartae paternae hereditatis. Quid ergo, si non sufficiat pupilli hereditas legatis, quum patris suffecisset? De suo quadrante nimirum dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo, nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii, quum in hac parte iuris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur.

A questo caso segue un altro nel passo di *Papiniano*. 2) Quando non già per eccesso di legati diretti allo stesso sostituto, ma pel concorso di questi e di quelli imposti al pupillo, sieno superate le tre quarte parti della porzione del sostituto, pure allora questi deve avere il diritto di riservarsi la quarta Falcidia. Ma non basta il principio che giustifica il primo caso; poichè in quello si supponeva che i legati gravassero la porzione del sostituto, e però considerando lui nel medesimo tempo erede del padre, era logica quella conseguenza; in questo supponesi al contrario che la porzione del sostituto non fosse gravata, ma il divenisse pel concorso dei legati. La ragione invece è, segue Papiniano, che se si ammettesse il contrario, cioè che in questo caso il sostituto non abbia facoltà di riservarsi la quarta Falcidia, vi sarebbe contraddizione con la nota massima *in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari*.

Onde il risultato del passo di Papiniano è il seguente; quando vi sono più sostituti ed uno di essi è gravato di legati, entrato il pupillo nell'eredità paterna, se i legati esauriscono oltre ai tre quarti, il sostituto avrà facoltà di dedurre la quarta Falcidia, perchè deve tenersi come erede diretto del padre; se poi non è gravato rispetto alla sua porzione di sostituto, ma per un concorso di legati, anche bisogna che gli si concede la facoltà di sottrarre la quarta Falcidia, perchè i legati tanto dell'istituito quanto del sostituto devono essere insieme composti.

2) Quando invece il pupillo è diseredato, allora si potrà dire di essere gravato il sostituto, quando egli sia istituito nel testamento del padre. Ora la porzione del sostituto può essere gravata pei legati fatti o *in primis tabulis* o *in secundis tabulis*, ed in entrambi i casi vale la regola che si ha riguardo all'eredità del padre e non a quella del pupillo; quando il sostituto sia gravato tanto *in primis* quanto *in secundis tabulis*, i legati sono insieme computati (e).

3) Se al pupillo istituito nel testamento del padre sia un coerede sostituito si possono dare i seguenti casi:

a) I legati possono essere ordinati solamente nel testamento paterno, *in primis tabulis*, e se il pupillo ne è onerato, la quarta Falcidia vien computata separatamente sulla porzione del pupillo e così sottratta (f); al contrario se la porzione del sostituto è gravata oltre la misura, si ricongiungono entrambe le porzioni allo scopo della quarta Falcidia (g). Finalmente quando ciascuna delle due porzioni è gravata bisogna por mente qual sia la più gravata; se quella del pupillo, le porzioni vengono

(e) L. 10. 11. §. 8. L. 87. §. 7. h. t. *Papinian*. Si quis exheredato filio substituit heredem institutum, et ab eo tabulis quoque secundis legaverit, necessario ratio confundetur, quum ideo legata valere dixerit Iulianus a substituto relicta, quod idem patri heredes extiterit.

(f) L. 11. §. 7. L. 87. §. 4. h. t. *Papinian*. Quaesitum est, si quis pupillo coheredem substituisset, quemadmodum legis Falcidiae ratio inquiri debeat, et quale sit, quod vulgo diceretur, legatorum rationem separandam. Dixi, quantum ad legata, quae pater a filio, item a substituto reliquit, nullam fieri posse separationem, quum communi calculo subiiciantur, et invicem inducant contributionem; sed legata, quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere, ideoque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat, ut institutus; et aliam causam esse eius, qui ex variis portionibus heres scriberetur; ibi enim legatorum confundi rationem non minus, quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quae conficeretur ex pluribus; neque referre, pure saepe, an sub diversis conditionibus sit heres institutus.

(g) L. 87. §. 5. h. t. — Ved. not. (g).

divise e separatamente sottratta la *quarta*, se quella del coerede le due porzioni si compongono (h).

b) Quando furono lasciati i legati in *secundis tabulis*, ossia quando il padre ha gravato il sostituto in questa qualità, vengono congiunte le porzioni d'istituzione e di sostituzione, poichè il sostituto non è altro che l'istituito *sub conditione* (i).

c) Finalmente quando i legati siano ordinati tanto *in primis* quanto *in secundis tabulis*, le porzioni vengono riunite, e da tutti i legati si sottrae una sola quarta Falcidia (k).

§. 293.

C. Diritti del legatario.

1) Avvenuto l'acquisto del legato *(dies venit)*, il legatario ha diritto di pretendere dall'erede la cosa legata con ogni sua pertinenza, nè questi potrebbe dare una cosa diversa (a).

Tutte le azioni inerenti alla cosa legata non che le servitù, le quali si estinsero mediante confusione, devono essere concesse al legatario (b).

L'erede non è obbligato a prestare gl'interessi e i frutti *percipiendi* se non dal momento della mora; eccetto che si tratti di legati per causa pia, chè in questo caso si dovranno gl'interessi e i frutti dalla morte del testatore, e quest'obbligo è del doppio se vengono trattenuti e negati (c). Il legatario deve ricevere l'oggetto legato con tutti i pesi inerenti, per conseguenza quando sulla cosa grava una servitù, il legatario non può esserne liberato, salvo che sia così espressamente ordinato dal testatore, o che vi gravi un usufrutto; in questo sol caso il legatario ha diritto di ricever la cosa libera dalla servitù personale (d).

L'erede è obbligato a prestare la *diligentia in suis rebus*, e sol quan-

(h) L. 87. §. 8. h. t.

(i) L. 41. §. 6. de vulg. et pup. subst. (28. 6.).

(k) Confr. L. 87. §. 5. h. t. L. 11. §. 7. eod.

(a) L. 51. 71. §. 4. de legat. (30.). — L. 11. §. 17. de legat. (32.).

(b) §. 18. 19. Inst. de legat. (2. 20.). — L. 21. 24. §. 2. L. 84. §. 4. L. 116. §. 4. de legat. (30.). *Pomp.* Si quis post testamentum factum fundo Titiano legato partem aliquam adiecerit, quam fundo Titiano destinaret, id, quod adiectum est, exigi a legatario potest; et similis est causa alluvionis, et maxime si ex alio agro, qui fuit eius, quum testamentum faceret, eam partem adiecit. — L. 10. de legat. (31.). — L. 16. 91. §. 5. 6. de legat. (32.). — L. 15. pr. ad leg. Aquil. (9. 2.).

(c) L. 23. 39. §. 1. de legat. (30.). *Paul.* Si quis bonorum partem legaverit, ut hodie fit, sive fructibus restituitur, nisi mora intercesserit heredis. — L. 18. pr. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 1. 4. C. de usur. et fruct. (6. 47.). — §. 19. 23. 26. Inst. de act. (4. 6.). — §. 1. Inst. de poen. tem. litig. (4. 16.).

(d) L. 69. §. 3. de legat. (30.). *Gai.* Si fundus, qui legatus est, servitutem debeat impositam, qualis est, dari debet. Quodsi ita legatus sit: *uti optimus maximusque*, liber praestandus est. — L. 26. 66. §. 2. h. t.

do egli stesso ne ritragga vantaggio, è tenuto di colpa lata; sarà obbligato anche per caso fortuito se trovasi in mora (e).

L'erede non sarà obbligato mai a pagare il prezzo della cosa legata sia che questa vada perduta per caso fortuito, sia che cessi dal commercio (§. 288.). Pure vi sono a questo principio le seguenti eccezioni:

a) quando l'atto giuridico pel quale il testatore acquistò quella proprietà fu annullato (f);

b) se in forza del diritto di pegno il creditore vendette la cosa legata (g);

c) finalmente quando l'erede alienò l'oggetto medesimo, ignorando essere legato (h).

2) Questo diritto del legatario contro l'erede è assicurato mediante un pegno legale, sopra quei beni che l'erede lucrò per la successione (i).

3) Per questi due diritti, ossia per l'obbligazione nascente dall'acquisto della eredità e del legato *(quasi ex contractu)* e per l'ipoteca legale, spettano al legatario l'*actio personalis ex testamento*, la quale suppone assolutamente un testamento, e l'*actio legati;* oltre a ciò, se col legato fu trasmessa altresì immediatamente la proprietà, vi sarà la *rei vindicatio:* più l'*actio hypothecaria*.

Queste azioni concorrono elettivamente, sicchè, prodotta una di esse, cessano le altre (k).

(e) L. 26. §. 1. L. 47. §. 5. 6. L. 48. §. 1. L. 108. §. 11. 12. de legat. (30.). *Ulp.* Culpa autem qualiter sit aestimanda, videamus, an non solum ea, quae dolo proxima sit, verum etiam quae levis est, an numquid et diligentia quoque exigenda est ab herede? quod verius est. Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait, utique aestimationem non deberi; quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit, potuit enim eum acceptum legatarius vendere. — L. 3. C. de usur. et fruct. (6. 47.).

(f) L. 78. §. 1. de legat. (31.). *Papinian.* Quum post mortem emtoris venditionem Reipublicae praediorum optimus maximusque Princeps noster Severus Augustus rescindi heredibus pretio restituto iussisset, de pecunia legatario, cui praedium emtor ex ea possessione legaverat, coniectura voluntatis pro modo aestimationis partem solvendem esse respondi.

(g) L. 6. C. de fideicomm. (6. 42.). *Alexand.* Praedia obligata, per legatum vel fideicommissum relicta, heres luere debet, maxime quum testator conditionem eorum non ignoravit, aut, si scisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset. Sin vero a creditore distracta sunt, pretium heres exsolvere cogitur, nisi contraria defuncti voluntas ab herede ostendatur.

(h) L. 63. 89. §. 7. de legat. (31.). *Callistr.* Si heres rem legatam ignorans in funus consumsit, ad exhibendum actione non tenebitur, quia nec possidet, nec dolo malo fecit, quominus possideret, sed per in factum actionem legatario consulitur, ut indemnitas ei ab herede praestetur.

(i) L. 1. 2. C. de legat. (6. 43.). *Iustinian.* Quum enim iam hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit, dare, et iterum novellae constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas introduxerunt, non ab re est, etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare, quae et nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci.

(k) L. 1. C. com. de leg. et fideicom. (6. 43.).

4) Quando l'adempimento del legato è ritardato da una condizione o da qualunque altro impedimento, il legatario può pretendere, che l'erede presti cauzione per sicurezza del legato; questa cauzione è conosciuta col nome di *legatorum servandorum causa* (l). In caso che l'erede fosse restio a prestare la detta cauzione, il legatario può chiedere di essere immesso nel possesso delle cose ereditarie; e se neppure così otteneva la cauzione, nè ne' sei mesi dopo aver chiamato l'erede in giudizio riceveva il legato, teva egli chiedere di essere immesso nei beni proprii dell'erede *(missio in possessionem Antoniana)* (m).

La suddetta cauzione non ha luogo quando il testatore espressamente ne dispensò l'erede; e quando il legatario espressamente o tacitamente vi abbia rinunziato (n): non ha luogo per motivi speciali: come pel fisco, per le cose publiche, pel padre (o): nè quando il diritto sia sicuro per alpotra via (p).

V. Della nullità dei legati.

A. Motivi di nullità.

§. 294.

1) Per nullità del testamento.

Sempre quando il testamento s'invalidi (§. 243.), mancano insieme i legati; così il testatore con la formazione di un novello testamento distrugge tutti i legati contenuti nel primo; così quando tutti gli eredi isti-

(l) Ved. T. D. Ut legstorum servand. esus. (36. 3.). — Ut iu poss. legst. (36. 4.). — T. C. ut in possess. legat. (6. 54.).

(m) L. 5. §. 16. h. t. (36. 4.). *Ulp.* Imperator Antouinus Augustus reseripsit, eertis ex causis etiam iu propria bona heredis legatarios et fideicommissarios esse mittendos; si post sex menses, quum aditi pro tribunali fuerint hi, quorum de ea re uotio est, iu satisfaetione eessatum est, inde fruetus pereepturos, quosd voluutsti defuuetorum satisfist. Quod remedium servaretur et sdversus eos, qui ex qua eausa fideicommisso moram faciunt.

(n) L. 2. 7. C. h. t. (6. 54). — L. 18. h. t. (36. 3.). *Scaev.* Quae filium legitimum relinquebst, patrem euudemque couiibertum ex asse scripsit heredem, fideique eius commisit, ut, quidquid ad eum ex hereditate eius pervenisset, quum moreretur, restitueret fiiio testatrieis, nepoti suo, et haec verba adiecit: *satis a Seio patre meo exigi veto;* quaesitum est, quum iste Seius substantiam suam dissiparet, et vereretur pater fideicommissarii, ne insue fideicommissum coustituatur, su ad satisdatiouem fideicommissi uomiue pstrem defuuetae compellere possit. Respoudit, seeuudum ea, quae propouerentur, nou compelleudum cavere. — L. 46. de paetis (2. 14.).

(o) L. 1. §. 18. L. 6. §. 1. L. 7. h. t. *Ulp.* Si sd fiscum portio hereditstis perveuerit, cessabit ista stipulatio, quia uec solet fiscus satis dare.

(p) L. 1. §. 2. h. t. (36. 4.). *Ulp.* Si debitori libertatio sit relicta, nou est exigenda cautio, quia habet penes se legatum; quippe si couveniatur, exceptioue doli mali uti possit. — L. 1. §. 11 h. t. (36. 3.).

tuiti rinunciano all'eredità, onde il testamento è *destitutum*, cessano altresì i legati e quelli messi nel testamento e quelli ordinati in un codicillo (a).

La regola che quando niuno eredita per un testamento sono nulli tutti i legati, è eccettuata:

1) Quando al testamento sia aggiunta la clausola codicillare (§. 287.): ovvero quando il testatore faccia giurare ai suoi eredi legittimi istituiti di pagare alcuni legati; nei quali casi l'erede è obbligato di pagare i legati, anche quando il testamento s'invalidi (b).

2) Quando l'erede istituito sol per frodare il legatario ripudia l'eredità testamentaria: o non adempia ad una condizione potestativa, ovvero non accetta, potendolo, la *bonorum possessio secundum tabulas cum re*, quando il testamento sia nullo solo *iure civili* (c). Quando vi è questo proposito nell'erede, è concesso al legatario dal Pretore un'azione contro l'altro, purchè nondimeno questi per altra via sia venuto in possesso dell'eredità, ovvero di una parte, od almeno in possesso di alcune cose dell'eredità medesima (d). Oltre a ciò ai legatari è concessa un'altra azione contro i terzi i quali mediante il ripudio dell'erede sono venuti nel possesso delle cose legate (e): ma questi diritti non spettano che ai legatarii, ma non già anche a chi avrebbe lucrato qualche cosa se l'erede accettava (f).

3) Quando il testatore abbia testato nell'erronea credenza che i suoi eredi legittimi fossero morti: qui il testamento è nullo, ma gli eredi *ab intestato* sono tenuti a soddisfare i legati nel detto testamento contenuti; ed altresì quando siasi formato un secondo testamento credendo erroneamen-

(a) L. 9. de test. tut. (26. 2.). — L. 3. §. 2. L. 16. de iur. cod. (29. 7.). *Iulian*. Testamento facto, etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient. Denique si ex testamento hereditas adita non fuisset, fideicommissum ex huiusmodi codicillis nullius momenti erit. — L. 1. §. 1. de legat. (32.). — L. 181. de R. I. L. 2. C. si quis omn. caus. (6. 39.). — L. 14. C. de fidei comm. (6. 42.).

(b) L. 77. §. 23. de legat. (31.). *Papinian*. Filius matrem heredem scripserat, et fideicommissa tabulis data cum iurisiurandi religione praestari rogaverat, quum testamentum nullo iure factum esset; nihilominus matrem legitimam heredem cogendam praestare fideicommissa, respondi, nam enixae voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectae videbantur.

(c) L. 1. §. 6. 8. lect. siquis omiss. caus. (29. 4.). — L. 17. de ini. rupt. test. (28. 3.).

(d) L. 13. 16. 17. si quis omissa. (29. 4.). — Confr. L. 1. pr. §. 9. L. 6. §. 7. h. t. (29. 4.).

(e) L. 10. pr. eod. *Ulp*. Si non solus, sed cum alio possidet hereditatem is, qui omisit causam testamenti, rectissime Iulianus ait, quod et Marcellus probat, dandam in ipsum quoque legatorum actionem utilem; nec enim aspernari debet, obesse sibi factum heredis scripti, cui etiam profuerit. Hoc autem ita est, nisi si pecuniam accepit is, qui omisit causam testamenti, tunc enim in solidum tenebitur. — Confr. L. 4. §. 1. eod.

(f) L. 8. 9. h. t. *Ulp*. Si quis sub conditione dandorum decem, vel qua alia, quae in dando vel in faciendo fuit, heres institutus omissa causa testamenti ab intestato possideat hereditatem, videndum est, an huic, in cuius persona conditio collata est, subveniri debeat; et magis est, ne subveniatur neque enim legatarius est. L. 9. *Paul*. Sed et si adhuc parendi conditioni tempus habeat, hac parte edicti non tenetur.

te che l'erede istituito nel primo fosse morto; anche qui l'erede anteriore soddisfarà i legati dell'ultimo testamento (g).

4) Quando il testamento sia annullato dalla *bonorum possessio contra tabulas;* imperocchè resta efficace qualche legato (§. 254.).

5) Quando l'eredità sia vacante; poichè il fisco è obbligato alla prestazione dei legati contenuti nel testamento (h).

2) Per motivi inerenti al legato stesso.

§. 295.

a) Nullità de' legati fin dal principio; regola Catoniana.

TT. D. de his quae pro non scriptis habetur (34. 8.). De regula Catoniana (34. 7.).— *Balduini*, comm. ad reg. Cat. ved. — *Heinn.* iurispr. Rom. et Att. I. p. 418. — *Ant. Faber.* coniect. XII. 19. — *Maiansii*, disputat. tom. II. p. 144. — *Harnier*, de regula Catoniana, Heidel. 1820.

1) I legati sono nulli fin dal principio quando mancano di un requisito indispensabile alla loro esistenza; e così sono nulli di per sè:

a) se il legatario era incapace, o non era in vita quando fu istituito il legato (a);

b) se fin dalla sua origine il testamento era invalido (b);

c) se l'obbietto del legato non si poteva legare;

d) se fu apposta una condizione tale che ne toglie l'effetto;

e) se il legato fu istituito sotto il potere del dolo o della violenza.

2) Per questi motivi di nullità vale la regola Catoniana, il cui concetto è: devesi supporre che il testatore sia morto appena testato; e per conseguenza se in un legato evvi un motivo d'invalidità, questo permane non ostante che il testatore non fosse morto veramente dopo testato, e che il motivo d'invalidità cessasse durante la vita di lui (c): questa regola non è che la nota massima, *quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere* (d). Volendo più da vicino considerare la regola Catoniana nelle sue applicazioni si avrà che:

(g) L. 28. de inoff. test. (5. 2.). — L. 92. de hered. instit. (28. 5.).

(h) L. 96. §. 1. de legat. (30.). *Iulian.* Quoties lege Iulia bona vacantia ad fiscum pertinent, et legata, et fideicommissa praestantur, quae praestare cogeretur heres a quo relicta erant.

(a) Ved. §. 282. L. 4. pr. h. t. (24. 8.).

(b) Ved. §. 293.

(c) L. 1. pr. h. t. *Cels.* Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere; quae definitio in quibusdam falsa est.

(d) L. 29. de R. I.

a) Quando siasi altrui legato puramente una cosa *extra commercium*, il legato rimane nullo, quantunque durante la vita del testatore quella cosa fosse venuta in commercio (§. 288.).

b) Quando a qualcuno sia stata legata la cosa propria di lui, il legato rimane invalido, quantunque l'oggetto fosse stato alienato durante la vita del testatore (§. 288.).

c) Quando il testatore abbia lasciato qualche cosa al suo schiavo, il legato sarà sempre nullo, anche quando lo schiavo fosse stato alienato, o manomesso vivente il testatore (e).

d) Quando al legatario manca la *testamenti factio passiva* nel tempo che fu il legato istituito, questo legato rimane sempre nullo, abbia pure il legatario acquistata la *testamenti factio* durante la vita del testatore.

3) Questa regola Catoniana nei testamenti ha applicazione solamente per quei legati, dei quali il *dies cedit* alla morte del testatore: nei legati di altra natura infatti, anche pensando che il testatore fosse morto dopo testato, resterebbe nondimeno un certo tempo utile, nel quale i vizii dei legati, potrebbero essere tolti; onde la regola Catoniana è inapplicabile. Questo è il caso dei legati condizionali, nei quali il *dies cedit* non al momento della morte del testatore, ma al seguito della condizione (f). Oltre ai condizionali vi sono legati, nei quali il *dies cedit* non al momento della morte del testatore, ma al tempo dell'acquisto della eredità, nè ad essi la regola Catoniana potrà applicarsi (g). Con tutto ciò è naturale il pensare che, quando nel testamento gli eredi istituiti non fossero estranei, ma *sui heredes*, poichè l'acquisto segue immediatamente nel tempo della morte del testatore, confondendosi questi due tempi, la regola Catoniana avrà valore anche riguardo alla seconda specie dei legati eccettuati.

(e) L. 89. de hered. inst. (28. 5.). *Paul.* Si socius heres institutus sit ex asse, et servo communi legetur pure sine libertate, hoc legatum non consistit; plane sub conditione ei utiliter et sine libertate legabitur, quoniam et proprio servo ab herede recte sub conditione legatur. Quare etiam heres institui sine libertate, ut alienus, socio herede scripto poterit, quia et proprius cum domino heres institui poterit.

(f) L. 4. h. t. *Ulp.* Placet, Catonis regulam ad conditionales institutiones non pertinere.— L. 41. §. 2. de legat. (31.).

(g) L. 3. h. t. *Papinian.* Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem.

§. 296.

3) Dell'ademtio e della translatio legati.

T. I. de ademtione et translatione legatorum (2. 21.). — D. de adimentis vel transferendis legatis (34. 4.).

I. Il testatore come può rivocare tutta intera la sua disposizione, testamento o codicillo, potrà ancora quando il voglia rivocare ciascun legato (a). L'atto per cui il testatore rivoca il legato appellasi *ademtio legati.*

La rivocazione è espressa o tacita e segue in diversi modi: così quando si manifesta la volontà di rivocare il legato in un codicillo o altro testamento, ovvero per mezzo di una dichiarazione verbale innanzi a due testimoni (b): così, se il legato è ordinato in un codicillo, un altro codicillo più recente lo annulla, quando vi sia espressamente detto, ovvero quando la disposizione presa nell'ultimo è incompatibile col legato costituito nel primo (c).

Il testatore potrà altresì annullare il legato col cancellarne lo scritto, o distruggere la cosa legata cambiandola di forma, vendendola senza bisogno, o esigendo il credito se il legato era *nominis o liberationis* (d).

La rivocazione del legato è anche presunta dalla legge, specialmente quando tra il testatore ed il legatario insorse inimicizia, senza più riconciliarsi, quando il legatario ingiuriò publicamente il testatore, o quando lo stesso testatore in altro luogo del testamento disse ingrato il legatario (e).

(a) Inst. h. t. Ademtio legatorum, sive eodem testamento adimantur sive codicillis, firma est, sive contrariis verbis fiat ademtio (veluti si, quod) ita quis legaverit: *do lego*, ita adimatur: *non do, non lego*, sive non contrariis, id est aliis quibuscunque verbis. Transferri quoque legatum ab alio ad alium potest, veluti si quis ita dixerit: *hominem Stichum, quem Titio legavi, Seio do lego*, sive in eodem testamento sive in codicillis hoc fecerit: quo casu simul Titio adimi videtur et Seio dari.

(b) Pr. Inst. h. t.—Ved. not. pr. ec.—L. 3. §. 11. h. t.—L. 22. C. de fideicomm. (6. 42.).

(c) §. 3. Inst. de codicill. (2. 25.). — L. 6. §. 1. de iur. codicill. (29. 7.).

(d) L. 16. 18. h. t. *Modest.* Rem legatam si testator vivus alii donaverit, omnimodo extinguitur legatum; nec distinguimus, utrum propter necessitatem rei familiaris, an mera voluntate donaverit, ut, si necessitate donaverit, legatum debeatur, si nuda voluntate, non debeatur; haec enim distinctio in donantis munificentiam non cadit. — L. 11. §. 12. L. 88. de legat. (32.). — §. 12. Inst. de legat. (2. 20.).

(e) L. 3. §. 11. L. 4. 13. 20. 22. 29. h. t. *Ulp.* Non solum autem legata, sed et fideicommissa adimi possunt, et quidem nuda voluntate. Unde quaeritur, an etiam inimicitiis interpositis fideicommissum non debeatur. Et si quidem capitales vel gravissimae inimicitiae intercesserint, ademtum videri, quod relictum est; sin autem levis offensa, manet fideicommissum. Secundum haec et in legato tractamus doli exceptione opposita. — L. 9. §. 1. de his. quae ut indign. (34. 9.).

II. Se il testatore non rivoca il legato, ma lo muta si ha la *translatio legati:* che ha luogo in quattro modi:

1) o disponendo dello stesso legato in favore di altri;

2) o imponendolo a carico di un altro erede;

3) o cambiando la cosa legata;

4) o finalmente sottoponendo a condizione un legato puro e semplice, o per converso togliendo la condizione (f).

§. 297.

3) Nullità per altri motivi.

Il legato si annulla per varii altri motivi, come la perdita della *testamenti factio activa* da parte del testatore; la perdita della *testamenti factio passiva* da parte del legatario (a), o la mancanza della sua persona, semprechè altri non gli subentri (b); la morte del legatario prima del *dies veniens,* o la perdita della capacità al tempo dell'acquisto (c); il perimento della cosa legata sempre che non debba risponderne la persona gravata (d). Si annulla inoltre pel *concursus causarum lucrativarum,* cioè quando il legatario abbia acquistata la medesima cosa legata per causa lucrativa anzi la morte del testatore (e). Finalmente si annulla il legato mancando

(f) L. 6. pr. h. t. *Paul.* Translatio legati fit quatuor modis: aut enim a persona in personam transfertur, aut ab eo, qui dare iussus est, transfertur, ut alius det, aut quum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei, aut quod pure datum est, transfertur sub conditione.

(a) Ved. §. 282.

(b) L. un. C. de cad. toll. (6. 51.).

(c) L. 5. pr. quando dies (36. 2.). — L. 59. §. 4. de hered. inst. (28. 5.). *Cels.* Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit, redierit, aut si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio existit. Idem et in legatis, et in bonorum possessionibus.

(d) §. 16. 18. Inst. de legat. (2. 20.). — Si res legata sine facto heredis perierit, legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres. Si vero heredis servus legatus fuerit, et ipse eum manumiserit, teneri eum Iulianus scripsit; nec interest, scierit an ignoraverit a se legatum esse. Sed et si alii donaverit servum, et is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur heres, quamvis ignoraverit, a se eum legatum esse. Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillae mortuae fuerint, partus legato cedunt. Idem est, si ordinarii servi cum vicariis legati fuerint, et licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus cum peculio fuerit legatus, mortuo servo vel manumisso vel alienato, et peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus vel cum instrumento legatus fuerit; nam fundo alienato et instrumenti legatum extinguitur. — L. 22. §. 2. de legat. (31.). — Confr. L. 88. de legat. (32.). — L. 22. L. 44. §. 2. 4. L. 65. §. 2. de legat. (30.). — L. 79. §. 2. de legat. (32.).

(e) §. 6. Inst. de legat. (2. 20.). . . Nam traditum est, duas causas lucrativas in eundem hominem, et in eandem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem an aestimationem ex testamento consecutus est, nam si rem agere non potest, quia habet eam ex causa lucrativa, si aestimationem agere potest.

la condizione sotto cui fu ordinato e per regola vi è sempre sottintesa la condizione che l'eredità non venga esaurita dai debiti; eccetto se l'erede avesse trascurato il beneficio dell'inventario (f).

§. 298.

B. Conseguenza della nullità in generale, e diritto di accrescimento.

Heister, de iure accrescendi in opusc. in 8. — *Rosshirt*, de legat., I. pag. 389. — *Schneider*, il diritto di accrescimento nei legati secondo l'antico diritto civile ed il giustinianeo. — *Berl.* 1837.

Essendo il legato una successione singolare *mortis causa*, il legatario non rappresenta, come l'erede, tutta la persona del defunto, anzi egli dipendendo dall'erede non ha nulla che fare col defunto; per la qual cosa succede unicamente in quelle singole cose che a lui furono legate. Conseguenza di questo principio è, che appena il legato s'invalida, l'erede è liberato dal carico, e se vi sono molti collegatarii ognuno di essi, limitato alle singole cose legategli, non avrà facoltà di subentrare, come un erede avrebbe, nella porzione degli altri, se questi vengano a mancare. Per regola generale adunque non regge tra i collegatarii il diritto di accrescere.

1) Tale principio è eccettuato quando molti collegatarii sono scritti *coniunctim*, poichè allora essi, come i coeredi, sono limitati a vicenda rispetto alle cose legate. Ma una grande differenza esiste tra il diritto di accrescimento dei coeredi e quello dei collegatarii, ed è: che nell'istituzione dell'erede la congiunzione determina solo la preferenza di alcuni eredi, ovechè nei legati in generale non vi è diritto ad accrescere, e la congiunzione di più collegatarii è condizione *sine qua non* della esistenza di questo diritto.

2) Anche pe' legatarii, come per gli eredi, le vere congiunzioni sono di due forme, cioè la *coniunctio re et verbis* e la *coniunctio re tantum;* l'altra *coniunctio verbis tantum* non dà origine, per massima, al diritto di accrescimento (§. 268.). È da notare in questo luogo che, quando in favore di più collegatarii è disposta la medesima cosa, sicchè essi sono *re tantum coniuncti*, mancando uno dei congiunti prima di aver acquistato il legato, la parte di lui si accresce agli altri anche contro la loro volontà, libera però degli obblighi imposti al collegatario mancante; quando per contra fossero essi congiunti *re et verbis*, gli altri collegatarii sono liberi di accettare la parte che si accresce, mancando un collegatario; ma accettatala, loro si addossa inevitabilmente il carico ingiunto al collegatario man-

(f) L. 15. C. de legat. (6. 37.). — L. 22. §. 5. C. de iur. deliber. (6. 30.).

cante e succedono nel legato con preferenza dei collegatarii della prima specie.

I congiunti *verbis* non hanno mai da soli questo diritto di accrescimento, salvo che concorrano con altri congiunti delle due specie summentovate; in tal caso si terranno come gli altri congiunti (a). Del rimanente bisogna attenersi sempre alla chiara volontà del testatore (b).

VI. Di alcune specie di legati.

§. 299.

A. Del legatum speciei.

Se la cosa legata è individua, il legato ha qualche particolarità, che bisogna notare.

1) Se l'oggetto determinato appartiene all'eredità, il legatario ne acquista la proprietà al momento che il *dies cedit et venit* (a): Onde egli da allora potrà rivendicarla da qualunque terzo possessore con tutte le pertinenze (b), e come rivendicante ha diritto ai frutti raccolti dal tempo che passò a lui la proprietà; ma deve insieme riconoscere i diritti dei terzi sulla cosa medesima, anche i diritti di servitù dell'erede, quantunque si potessero dire estinti per confusione dopo l'acquisto dell'eredità (c).

2) Quando l'oggetto determinato appartiene all'erede, la proprietà non passa immediatamente al legatario, ma la soddisfazione ne dev'essere chiesta (d).

(a) Ved. §. 268.—L. 1. pr. L. 11. de usufr. accresc. (7. 2.).—L. 84. §. 12. de legat. (30.). *Iulian.* Quibus ita legatum fuerit: *Titio et Maevio singulos servos do, lego,* constat, eos non concursuros in eundem servum, sicuti non concurrunt, quum ita legatur: *Titio servum do, lego; Maevio alterum servum do, lego.* — L. 41. pr. de legat. (31.). — Confr. L. 66. de hered. inst. (28. 5.).—L. 142. de V. S. (50. 16.).—Ved. *Vangerow*, o. c. §. 547.—*Puchta*, pand. §. 542.—*Arndts*, §. 556. ann. 5. in contr.— *Rudorff.* giorn. stor. VI. pag. 436.—*Schneider*, l. c.—*Mühlenbruch.* III. §. 790.

(b) L. un. C. §. 11. cit.

(a) L. 1. C. comm. de legat. (6. 43.). — §. 2. Inst. de legat. (2. 20.).

(b) L. 24. §. 2 de legat. (30.).— L. 39. de legat. (31.).— L. 16. 91. §. 3. 6. de legat. (32.). *Papinian. Titio Seiana praedia, sicuti comparata sunt, do lego;* quum essent Gabiniana quoque simul uno pretio comparata, non sufficere solum argumentum emtionis, respondi, sed inspiciendum, an literis et rationibus appellatione Seianorum Gabiniana quoque continerentur, et utrinsque possessionis confusi reditus titulo Seianorum accepto lati essent.

(c) L. 42. de usur. (22. 1.). — L. 45. §. 2. L. 69. §. 3. L. 116. §. 4. de legat. (30.). — L. 18. de servit. (8. 1.). *Paul.* In omnibus servitutibus, quae aditione confusae sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eos iterum imponi. — Conf. L. 32. §. 1. de legat. (31.). — Fragm. Vat. §. 44.

(d) L. 67. §. 8. de legat. (31.). *Papinian.* Si rem tuam, quam existimabam meam, te he-

3) Quando l'oggetto determinato è d'altrui, neppure passa la proprietà, ma il legato è valido secondo che ponemmo in altro luogo (§. 288).

4) Se la cosa poi appartiene allo stesso legatario, il legato è inefficace (§. 288).

5) Passando la proprietà del *legatum speciei* immediatamente al legatario, consegue che tutto il pericolo è posto a carico suo e non dell'erede, tranne se questi fosse in colpa (e).

6) Se furono legate due cose determinate, entrambe come principali, nel caso che l'una di esse perisce, il legatario può pretendere l'altra; ma se delle due cose l'una è principale, e questa è perita, e l'altra è accessoria, non si potrà pretendere quest'ultima (f).

§. 300.

B. Del legatum generis.

Il *legatum generis* e quello, la cui cosa *non fungibilis* non è però determinata individualmente: e perchè fosse valido abbisognano due requisiti:

1) che le cose del *legatum generis* siano nell'eredità, giacchè sarebbe derisorio lasciare cose che non vi sono punto (a);

2) bisogna in secondo luogo che l'insieme del *genus* non sia tanto vago da mancare di una vera indicazione (b).

Quando il *legatum generis* è validamente ordinato, distinguasi se il testatore ha determinato o no il diritto di scelta.

1) Del primo caso ecco le regole:

a) Quando il testatore ha dato al legatario il diritto di scegliere, si ha il *legatum optionis seu electionis*, pel quale il legatario può scegliere quanto di meglio vi è (c). Quando il diritto di scelta è dato a più legatarii,

rede instituto, Titio legem, non est Neratii Prisci sententiae, nec Constitutioni locus, qua cavetur, non cogendum praestare legatum heredem; nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit; sunt enim magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates, quod in hac specie non evenit, quum dominium rei sit apud heredem.

(e) §. 16. Inst. de leg. (2. 20.). — Ved. not. (d) §. 297.—L. 45. §. 2. L. 47. §. 4. de legat. (30.).

(f) §. 17-19. Inst. de legat. (2. 20.) — Ved. not. (d) §. 297.

(a) L. 71. pr. de leg. (30.). *Ulp.* Si domus alicui simpliciter sit legata, neque adiectum, quae domus, cogentur heredes, quam vellet domum ex his, quas testator habebat, legatario dare; quodsi nullas aedes reliquerit, magis derisorium est quam utile legatum.

(b) L. 69. §. 4. de iur. dot. (23. 3.). — L. 71. pr. de legat. (30.). — Ved. not. prec.

(c) §. 23. Inst. de legat. (2. 20.). Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis vel

e questi non s'accordano su chi debba esercitarlo, decide la sorte, e il legatario che sceglie sarà obbligato di dare agli altri il prezzo delle loro porzioni (d); nel caso che quel legatario trascuri la scelta, gli s' impone dal giudice un termine, decorso il quale, si perde il legato (e).

b) Se al contrario la scelta è dell' erede, questi non potrà scegliere la peggiore cosa che esiste di quel *genus*; se la cosa data dall' erede è evitta, per mezzo dell' *actio ex testamento* il legatario potrà novellamente pretendere la soddisfazione del legato. Se l'erede trascura la scelta, questo diritto passa al legatario (f).

c) Se il diritto di scegliere è dato ad un terzo, questi non potrà scegliere nè la cosa migliore, nè la peggiore: e se muore prima di scegliere, ovvero non esercita il diritto in un anno, la scelta passa al legatario, il quale in questo caso neppure potrà scegliere la cosa migliore, salvo che il diritto non gli provenga direttamente dal testatore (g).

aliis rebus optaro legatarium iusserat, hahebat in se conditionem, et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverat, ad heredem legatum transmittebat. Sed ex constitutiono nostra et hoc ad meliorem statum reformatum est, et data est licentia heredi legatarii optaro, licot vivus legatarius hoc non fecit. Et diligentioro tractatu hahito et hoc in nostra constitutione additum est: sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, et dissentiant in corporo eligendo, sive unius legatarii plures heredes, et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod pleriquo prudentium contra henevolentiam introducehant), fortunam esse huius optionis iudicem, et sorte hoc esse dirimendum, ut, ad quem sors perveniat, illius sententia inoptione praecellat. — L. 2. pr. de optione vel elect. leg. (33. 5.).

(d) L. 3. pr. C. do legat. et fideicomm. (6. 43.). *Iustin.* Si duohus vel trihus hominihus vel plurihus forte optio servi vel alterius rei fuerit relicta, vel si uni quidem legatario opti servi vel alterius rei relicta est, ipse autem moriens plures sihi reliquerit heredes, duhitabatur inter veteres, si inter legatarios vel heredes legatarii fuerit certatum, et alter alterum servum vel aliam rem eligere velit, quid sit statuendum. Sancimus itaque, in omnihus huiusmodi casibus rei iudicem fortunam esse, et sortem inter alteresntes adhibendam, ut, quem sors praetulerit, is quidem haheat potestatem eligendi, ceteris autem aestimationem praestet contingentium eis partium; id est servis quidem et ancillis maiorihus decem annis, si sine arte sint, viginti solidis aestimandis, minorihus videlicet decem annis non amplius, quam in decem solidos computandis; sin autem artifices sint, usque ad triginta solidos aestimatione eorum procedente, sive masculi sivo feminae sint, exceptis notariis et medicis utriusque sexus, quum notarios quinquaginta solidis aestimari volumus, medicos autem et ohstetrices sexaginta; eunuchis minorihus quidem decem annis usque ad triginta solidos valentihus, maioribus vero usque ad quinquaginta, sin autem artifices sint, usque ad septuaginta.

(e) L. 6. 7. 8. pr. de opt. leg. (33. 5.). *Pompon.* Si tibi electio servi, et mihi reliqui legati sint, decernendum est a Praetore, nisi intra certum tempus optaveris, petitionem tihi non datum iri.

(f) L. 37. pr. de legatis (30.). *Ulp.* Legato generaliter relicto, veluti hominis, Caius Cassius scrihit, id est observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur, quae sententia rescripto Imperatoris nostri et D. Severi iuvatur, qui rescripserunt, homine legato actorem non posse eligi. — L. 29. §. 3. de legat. (32.). confr. L. 25. §. 17. fam. erc. (10. 2.).

(g) L. 37. pr. do legat. (30). — Ved. not. pr. L. 3. §. 1.C. comm. de legat. et fideicomm. 6. 43.). — L. 21, h. t. (33. 5.).

2) Se al contrario il testatore nulla ha disposto circa al diritto di scegliere, questo spetta al legatario, ma in questo caso egli non potrà scegliere la cosa migliore (h).

3) Fatta da chiunque la scelta, compiuta, non si può cambiare (i): sol quando l' erede non ha offerto al legatario tutte le cose appartenenti al *genus* che trovansi nella eredità, ovvero avesse messo a sua disposizione cose le quali non vi apparterrebbero, sia per dolo, sia per semplice errore, il legatario può pretendere una seconda scelta (k).

4) Quando il testatore non ha fissato il numero delle cose che debbonsi dare al legatario, l' erede deve dargliene almeno tre (l).

II. Simile al *legatum generis* è il legato alternativo, specialmente perchè se il testatore non ha nulla determinato, spetta al legatario il diritto di scegliere (m). Si notano però le seguenti regole speciali:

1) La validità del legato non dipende da ciò che le cose disgiunte nominate nella disposizione appartengano all' eredità, come è indispensabile pel *legatum generis*, ma piuttosto a questo riguardo valgono le regole del *legatum speciei*.

2) La scelta che compete al legatario è in questo legato affatto illimitata, ma come nel legato precedente, compiuta, è inalterabile: in guisa che se il legatario avesse scelto una cosa che ritiene per legata, e perciò la rivendica, non può più pretendere l'altra; il che vale ancora per l'erede, quando a lui compete il diritto di scelta (n).

3) Ciascuna delle cose nominate nel legato alternativo è *in obligatione*, di modo che se cessa il legato per una delle cose, come per acqui-

(h) §. 22. Inst. de legat. (2. 20.). Si generaliter servus vel res alia legatum, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit. — L. 37. pr. de legat. (30.). Le distinzioni delle leggi 32. §. 1. L. 7. pr. 84. §. 3. de legat. (30.) e L. 4. de tritr. vin. oleo (33. 6.) sono riferibili ai legati antichi *per vindicationem*, e *per damnationem*.

(i) L. 5. pr. L. 84. §. 9. de legat. (30.). *Paul.* Servi electione legata, semel duntaxat optare possumus. — L. 11. §. 1. L. 10. de leg. (31.). — L. 20. de opt. leg. (32. 5.).

(k) L. 2. §. 2. 3. L. 4. 5. de opt. leg. (33. 5.). *Paul.* Scyphi electione data si non omnibus scyphis exhibitis legatarius elegisset, integram ei optionem manere placet, nisi ex his duntaxat eligere voluisset, quum sciret, et alios esse.

(l) L. 1. eod. *Ulp.* Divus Pius Caecilio Proculo rescripsit, eum, cui servorum legata sit electio, tres posse eligere.

(m) L. 34. §. 14. de legat. (30.). *Ulp.* Si ita Titio legetur: *fundum Saianum, vel usumfructum eius sibi habeto*, duo esse legata, et arbitrio eius esse, an velit usumfructum vindicare. L. 23. de legat. (31.).

(n) L. 19. de leg. (31.). *Cels.* Si is, cui legatus sit Stichus, aut Pamphilus, quum Stichum sibi legatum putaret, vindicaverit, amplius mutandae vindicationis ius non habet, tanquam si damnatus heres alterutrum dare, Stichum dederit, quum ignoret, sibi permissum vel Pamphilum dare, nihil repetere possit.

sto lucrativo, o per perimento della cosa, il legato è valido per l'altro obbietto (o).

3) Dall' altra parte il legatario in definitiva è di una sola cosa legatario (p), al che consegue che:

a) Il *dies legati cedit* una sola volta, di guisa che se una cosa è lasciata puramente e semplicemente, e l' altra *sub conditione*, il *dies cedit* al compimento della condizione, e da questo momento solo si trasmette il legato. Se manca la condizione, cessa il legato alternativo, ma resta un legato semplice rispetto all' altro obbietto (q).

b) Appena si esercita il legato sopra una delle cose, l' altra esce già dall' obbligazione, e perciò se la cosa scelta perisce per caso fortuito, il legatario non potrà pretendere l' altro obbietto (r).

§. 301.

Del legatum quantitatis, e legato di una universitas.

T. D. de tritico, vino, vel oleo legato (33. 6.).

I. Se fu legata una determinata somma o una quantità di cose fungibili senza nessun' altra determinazione, ha diritto il legatario al pagamento di quella somma o di quella quantità, quand' anche nella successione non vi esistesse nulla di simile (a), e in questo caso è dato all'erede il diritto di scegliere (b). Se le cose fungibili fossero legate senza deter-

(o) L. 34. §. 14. — Ved. not. (m). — L. 84. §. 11. de legat. (30).

(p) L. 25. pr. quando dies (36. 2.). *Papinian*. Quum illud, aut illud legetur, enumeratio plurium rerum disiunctivo modo comprehensa, plura legata non facit. Nec aliud probari poterit, si pure fundum alterum, vel alterum sub conditione legaverit; nam pendente conditione non erit electio, nec si moriatur, ad heredem transiisse legatum videbitur.

(q) L. 14. §. 1. quando dies (36. 2.). *Ulp*. Inde quaerit Iulianus, si post mortem testatoris legatarius decedat, an ad heredem transferatur decem legatum. Et libro trigesimo septimo Digestorum scribit, posse dici, decem transtulisse, quia mortuo legatario dies legati cedit. Argumentum Iulianus pro sententia sua affert tale: *Seiae decem, aut si pepererit, fundum heres meus dato*; nam si, antequam pariat, inquit, decesserit, ad heredem suum decem transmittet.

(r) L. 84. §. 9. de legat. (30.). *Iulian. Stichum, aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato;* si dixerit heres, Stichum se velle dare, Sticho mortuo liberabitur; quum autem semel dixerit heres, utrum dare velit, mutare sententiam non poterit. — L. 19. de legat. (31.).

(a) L. 3. pr. L. 5. h. t. *Iulian*. Quum certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo quod in fundo Semproniano natum esset, et minus natum esset, non amplius deberi placuit, et quasi taxationis vicem obtinere haec verba: *quod natum erit*.

(b) L. 4. eod. *Paul*. Quum certum pondus olei non adiecta qualitate legatur, non solet quaeri, cuius generis oleo uti solitus fuerit testator, aut cuius generis oleum istius regionis homines in usu habeant, et ideo liberum est heredi, cuius vellet generis oleum legatario solvere.

minarne la quantità, o è legato danaro contante senza determinarne la somma, il legato si limita a quello che si trova nell' eredità (c).

II. Il legato può comprendere un tutto insieme, una moltitudine di cose differenti, onde il nome di *legatum universitatis*, che ha nei testi più denominazioni in molti titoli speciali (d). Il legato di una *universitas* non dev' essere considerato come l' unione di più legati, ma come un solo legato, che non si può che o tutto accettare o tutto rifiutare, non ammettendosi un' accettazione o un rifiuto parziale (e).

La somma e l' estensione del legato si determina al punto non della formazione del testamento, ma della morte del testatore, quantunque dalla disposizione appaia che il testatore si propose di legare le cose appunto che al tempo della formazione del testamento faceano parte dell' *universitas* (f).

S' anche dalle cose comprese nell'*universitas* ne sieno perite durante la vita del testatore tante che venga meno il concetto dell' *universitas*, il legato rimane nondimeno nella sua piena validità (g).

Quando l'*universitas* non sia propriamente legata, ma formi l'accessorio di una cosa legata, come se si lega un fondo con l' *instrumento*, o uno schiavo col peculio, cessando il legato della cosa principale, cessa insieme rispetto alla *universitas*, sebbene il motivo dell' estinzione non si riferisca pure a questa (h).

(c) L. 1-2-3. §. 1. L. 6. seq. eod. *Procul.* Cui vinum heres dare damnatus est, quod in amphoris et cadis diffusum est, dari debet, etiamsi vasorum mentio facta non est. Item, quamvis cum vasis, cadis legatum est, tamen id quoque, quod in doliis, legatum esse videtur; sicuti si servos omnes cum peculio cuiusque eorum legasset, etiam eos, quibus peculii nihil esset, legasse videretur. — L. 51. de legat. (30.).

(d) TT.D. de instructo vel instrumento legato (33.7.) — de peculio legato (33. 8.) — de penu legata (33. 9.) — de supellectil. legata (33. 10.) — de auro, argento, mundo, ornamentis, unguentis, veste vel vestimentis et statuis legatis (34. 2.).

(e) L. 2. 6. de legat. (31). *Paul.* Grege autem legato non possunt quaedam sperni, quaedam vindicari, quia non plura, sed unum legatum est. Idemque dicemus peculio legato, aut veste, aut argento, et similibus.

(f) §. 18. 20. Inst. de legat. (2. 20.). — L. 21. de legat. (30.). *Ulp.* Grege legato, et quae postea accedunt ad legatarium pertinent. — L. 28. quando dies (36. 2.). — L. 7. de auro argento (34. 2.).

(g) L. 22. de leg. (30.). *Pompon.* Si grege legato aliqua pecora vivo testatore mortua essent, in eorumque locum aliqua essent substituta, eundem gregem videri; et si deminutum ex eo grege pecus esset, et vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desiisset esse, quemadmodum insula legata, si combusta esset area posset vindicari.

(h) L. 1. §. 1. de instr. vel instr. legat. (33. 7.). — L. 2. de pec. legato (33. 8.).

§. 302.

D. Legati di una rendita e di alimenti.

I. Il legato di una somma o quantità può essere fatto in modo che l' obbligo della prestazione imposto all'erede ritorni dopo un determinato tempo, ogni anno, *annuum legatum*, ovvero ogni mese, *mestruum legatum* (a).

Una tale disposizione comprende in sè più legati, quello del primo anno o mese è incondizionato, ma quelli degli altri anni o mesi sono condizionali; onde il *dies cedens* e *veniens* non si compie in una volta come in un legato unico, ma ritorna tante volte per quanti anni viene prestato; sicchè la prescrizione decorre non dal principio del legato, ma da ciascuna scadenza (b).

Quando il testatore non abbia nulla disposto, cessa il legato con la morte del legatario, ma può trasmettersi anche agli eredi seguendo la volontà del testatore (c).

Differente da questo legato è un legato di quantità il cui pagamento sia diviso in più rate, poichè questo è sempre un legato di cosa unica (d).

II. Si possono legare i frutti annuali di un dato fondo, d' onde propriamente il legato di rendite; differente da un legato di usufrutto in ciò massimamente che l'erede ha facoltà di vendere il fondo, i cui frutti sono legati, assicurando al legatario il prezzo dell'uso o del fitto nella somma ritratta dal testatore stesso durante la sua vita (e).

(a) L. 4. 20. §. 1. L. 23. 24. de ann. legat. (33. 1.). *Paul.* Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cuius sententia vera est, plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale; videri enim hanc inesse conditionem, *si vivat*, et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire.

(b) L. 12. pr. §. 1. 3. quando dies (36. 2.). — L. 5. 8. 22. de ann. legat. (33. 1.). *Modestin. A vobis quoque, ceteri heredes, peto, ut uxori meae praestetis, quoad vivet, annuos decem aureos*; uxor supervixit marito quinquennio et quatuor mensibus; quaero, an heredibus eius sexti anni legatum integrum debeatur. Modestinus respondit, integri sexti anni legatum deberi. — L. 7. §. 6. C. de praesc. 300. vel. 400. an. (7. 39.).

(c) L. 4. fin. — Ved. not. (a). — L. 8. de ann. legat. (33. 1.).—L. 22. C. de leg. (6. 37.).— L. 65. de V. S. (50. 16.).

(d) L. 12. §. 4. L. 20. quando dies (36. 2.). *Ulp.* Sed et si quotannis sit legatum, mihi videtur etiam in hoc initium cuiusque anni spectandum, nisi forte evidens sit voluntas testatoris in annuas pensiones ideo dividentis, quoniam non legatario consultum, sed heredi prospectum voluit, ne urgeretur ad solutionem.

(e) L. 38. de usu. et usufr. leg. (33. 2.). *Scaev. Fundi Aebutiani reditus uxori meae, quoad vivat dari volo;* quaero, an possit tutor heredis fundum vendere, et legatario offerre quantitatem annuam, quam vivo patrefamilias ex locatione fundi redigere consueverat. Respon-

III. Il legato di alimenti comprende il vitto il vestito e l' abitazione; senza volontà del testatore non comprende le spese di educazione, ma quando sono espresse queste ultime, si sottintendono anche gli alimenti; e se fu espresso soltanto il vitto, non si comprende anche il vestito e l'abitazione (f).

Ordinato un legato di alimenti senza tassazione della quantità, si deve prima di tutto aver riguardo a ciò che il testatore stesso era solito di fornire al legatario; se ciò non è possibile, si deve argomentare da quello che forniva ad altre persone di pari condizione del legatario; ed in mancanza gli alimenti saranno proporzionati alla fortuna che il defunto lascia ed alla condizione del legatario, o alla loro personale amicizia (g).

Questo legato differisce dai primi per alcune regole speciali.

1) Il legato di alimenti può essere lasciato anche all' incapace (h).

2) Quando sono legati gli alimenti fino alla pubertà, s' intende sempre la *plena pubertas* (i).

3) Quando tutt' altri che l' erede diretto è incaricato di prestare un legato di alimenti, egli non può nulla togliere dal legato, quando pure secondo le regole della Falcidia qualcosa mancasse alla sua porzione (k).

dit, posse. Item quaerò, an babitare impune prohibere possit. Respoudit, non esse obatrictum heredem ad habitatiouem praestandam. Item qnacro, an compellendus sit heres reficere praedium. Respoudit, si beredis facto minores reditns faeti essent, legatarinm recte desiderare, qnod oh eam rem deminutum sit. Item quaero: quo distat boc legatum ab usufructu? Respondit, ex his, quae supra responsa essont, intelligi differentiam.

(f) L. 6. 7. 21. de alim. legat. (34. 1.). *Iavol.* Legatis alimentis cibaria, et vestitus, et habitatio debebitur, quia sine his aii corpns non potest; cetera, quae ad disciplinam pertiuent, legsto non continentnr. *Paul.* Nisi aliud testatorem sensisse probetur. *Ulp.* Diariis vel cibariis relictis, neque habitationem, neque vestiarium, neque calcesrium deheri, palam est, quoniam de cibo tantum testator sensit.

(g) L. 22. pr. eod. *Valens.* Quum alimenta per fideicommissum relicta sunt non adiecta quantitate, ante omnia inspiciendum est, quae defunctus solitus fuerat ei praestare, deinde quid ceteris eiusdem ordinis reliquerit; si neutrum apparuerit, tum ex facultatibus defuncti et caritate eius, cui fideicommissum datum erit, modus statui debebit.

(h) L. 11. eod. *Paul.* Is, cui annua alimenta relicta fuerant, in metallum damnatus, indulgentia Principis restitutus est; respondi, eum et praecedentium annorum recte cepisse alimenta, et sequentium deberi ei. — L. 3. de his quae pro non script. (34. 8.).

(i) L. 14. §. 1. eod. *Ulp.* Certe si usque ad pubertatem alimenta relinquantur, si quis exemplum alimentorum, quae dudum pueris et puellis dabantur, velit sequi, sciat Hadrianum constituisse, ut pueri usque ad decimum octavum, puellae usque ad quartumdecimum annum alantur; et hanc formam ab Hadriano datam observandam esse, Imperator noster rescripsit. Sed etsi generaliter pubertas non sic definitur, tamen pietatis intuitu in sola specie alimentorum hoc tempus aetatis esse observandum, non est incivile.

(k) L. 77. §. 1. de legat. (31.). *Papinian.* . . . . Si pars donationis fideicommisso teneatur, fideicommissum quoque munere Falcidiae fungetur; si tamen alimenta praestari voluit, collationis totum onus in residuo donationis esse, respondendum erit ex defuncti voluntate, qui de maiore pecunia praestari non dubie voluit integra.

§. 303.

E. Dei iura in re aliena legata.

TT. D. de usu et usufr. et habit. et operis per leg. vel fideicomm. relict. (33. 2.).— De servitute legata (33. 3.).

Possono ancora essere legati i diritti sulle cose altrui, cioè l'enfiteusi, la superficie, il pegno, e le servitù tanto reali quanto personali (a).

Un legato di diritti in *re aliena* in tre modi si compie:

1) O il testatore dispone in favore altrui di un *ius in re aliena* che gli spetta, purchè si possa così disporne; onde l'erede sarà obbligato di trasferire al legatario quel diritto medesimo.

2) O lega altrui un *ius in re* che egli stesso ha sulla cosa del legatario, nel senso che quando *dies legati venit* quel diritto diviene *ipso iure estinctum* (b); onde l'erede avrà l'obbligo di lasciare libera la cosa prima soggetta del legatario.

3) O finalmente costituisce nel testamento un *ius in re aliena* di qualunque specie (c). In questo caso quando l'oggetto appartiene all'eredità, il legatario acquista immediatamente il diritto reale, sebbene allora potrà acquistare un diritto di servitù reale, quando trovasi proprietario di un fondo vicino (d). Se al contrario la cosa che dovrà servire appartiene all'erede o ad un terzo, il legatario obbligherà l'erede a costituire il diritto reale sulla cosa propria e su quella del terzo, e se non è possibile, a rifare il legatario del prezzo di stima; prima però di quest'ultimo obbligo è da considerare se il testatore sapeva o no che la cosa non gli apparteneva (e).

Nel legato di una servitù personale il *dies cedit* all'acquisto dell'eredità, ovvero al compimento del termine posto (f). Se questa servitù fu legata espressamente a vita del legatario, è riconosciuto, specialmente quanto all'usufrutto, che estinta innanzi la morte di lui, dev'essere ricostituita (g).

(a) L. 71. §. 6. de legat. (30.). — L. 1. §. 7. de superf. (43. 18.).

(b) L. 71. §. 5. L. 86. §. 4. de legat. (30.). *Julian.* Valet legatum, si superficies legata sit ei, cuius in solo fuerit, licet is dominus soli sit; nam consequetur, ut hac servitute liberetur, et superficiem lucrifaciat.

(c) Confr. §. 4. Inst. de servit. (2. 3.). — §. 1. Inst. de usufr. (2. 4.). — L. 26. de pign. act. (13. 7.). *Ulp.* Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, quum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre saepissime rescripsit.

(d) L. 1. C. comm. de legat. et fideicom. (6. 43.). — Fragm. Vat. §. 47. 48. 57. 83. 86.

(e) L. 3. de usufr. (7. 1.). — Fragm. Vat. §. 85. 87.

(f) L. 2. 3. 5. §. 1. quando dies (36. 2.). — L. 2. de usu. legat. (33. 2.).

(g) L. 3. pr. 5. quib. mod. usufr. amitt. (7. 4.).

Si può anche legare un quasi usufrutto (h), ancora l'usufrutto di tutta l'eredità, o di una parte (i).

Il legato di un usufrutto offre molte specialità: e primamente se a qualcuno vien legato il fondo e all'altro l'usufrutto, entrambi dividono quest'usufrutto tra loro, purchè il testatore non abbia rigorosamente legato all'uno dei due il fondo senza usufrutto (k). In secondo luogo circa al diritto di accrescimento è da notare:

1) Che sebbene non è alterato il principio generale che ha luogo l'accrescimento solo nelle due *coniunctiones re et verbis, et re tantum*, pure l'usufrutto legato si accresce al collegatario non soltanto quando l'altro manca *ante diem cedentem*, ma anche quando questi, avendolo acquistato, lo perde di poi (l); la ragione di questa singolarità è che l'usufrutto, *quotidie constituitur et legatur*. Imperocchè l'usufrutto consistendo nel godimento di continue e sussecutive percezioni, nell'*uti frui* insomma che non può esaurirsi in una volta sola, consegue che nel *dies cedens* non acquista il legatario tutto il contenuto del suo diritto, ma aspetta sempre novelli acquisti dalle successive azioni di godimento (m).

Mancando adunque il collegatario dopo il *dies cedens*, quella parte del suo diritto non ancora acquistata, e che si contiene nel futuro *uti et frui*, si accresce ai suoi collegatarii.

2) Che dippiù il diritto di accrescimento spetta anche a quel legata-

(h) L. 29. de usufr. (7. 1.). *Ulp.* Omnium bonorum usumfructum posse legari, nisi excedat dodrantis aestimationem, Celsus libro trigesimo secundo Digestorum, et Iulianus libro sexagesimo primo scribit; et est verius. Usumfructum tertiae partis bonorum suorum uni ex heredibus legaverat; quaesitum est, an pecuniae, quae ex rebus divisis secundum aestimationem effecta est, tertia praestanda sit. Respondit, heredis esse electionem, utrum rerum, an aestimationis usumfructum praestare velit.

(i) L. 32. §. 1. 8. 43. de usu. legat. (33. 2.).

(k) L. 19. de usu. et usufr. (33. 2.). *Modest.* Si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: *Titio fundum detracto usufructu lego*, vel: *Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato*. Quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.

(l) L. 1. §. 3. de usufr. accrescendo (7. 2.). *Ulp.* Interdum tamen etsi non sint coniuncti, tamen ususfructus legatus alteri accrescit, utputa si mihi fundi ususfructus separatim totius et tibi similiter fuerit relictus; nam, ut et Celsus libro octavo decimo Digestorum et Iulianus libro trigesimo quinto scribit, concursu partes habemus. Quod et in proprietate contingeret, nam altero repudiante alter totum fundum haberet. Sed in usufructu hoc plus est, quia et constitutus, et postea amissus nihilo minus ius accrescendi admittit; omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt, et, ut Celsus et Iulianus eleganter aiunt, ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur. Quum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum, nec refert, coniunctim, an separatim relinquatur.

(m) L. 1. pr. §. 2. quand. dies usufr. (7. 3.). — L. 1. §. 3. cit. — Ved. not. prec.

rio, il quale ha perduta la sua parte dell'usufrutto legato, perchè *usufructus non portioni, sed homini accrescit* (n).

Per massima nel legato di uso non ha luogo il diritto di accrescimento, specialmente quando la cosa sia atta a soddisfare pienamente i bisogni di ciascun collegatario: in questo caso i varii collegatarii non si limitano a vicenda, poichè anche senza questa concorrenza ciascuno avrebbe ricevuto tanto appunto quanto ha; e manca ogni ragione al diritto di accrescimento (o). Ma se l'uso dell'obbietto non giunge a soddisfare pienamente il bisogno dei collegatarii, ossia quando ciascun di essi riceve meno pel concorso degli altri, seguirà l'accrescimento secondo le regole determinate per l'usufrutto (p).

§. 304.

F. Dei legati che riguardano i diritti di obbligazione.

T. D. De liberat. legata (34. 3.). — *Haubold*, de legato nominis Lips. 1793.

Per mezzo del legato si può e costituire e sciogliere una relazione obbligatoria, onde il *legatum nominis, legatum liberationis*, ed *il legatum debiti*.

I. Il primo consiste nel legare altrui un credito proprio del testatore o dell'erede. Il legatario riceve le azioni personali nascenti da quel credito utilmente con tutte le accessioni (a), e l'erede è verso di lui obbligato a cedergli queste azioni e i mezzi per far valere il credito (b).

Affinchè il legato avesse effetto conviene che l'obbligazione sia valida al tempo che fu istituito il legato; esso segue inoltre tutte le vicende del-

(n) L. 14. §. 1. de exc. rei iud. (44. 2.). — L. 33. §. 1. de usufr. (7. 1.). *Papinian*. Usumfructum in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit; unde si fundi vel fructus portio petatur, et absolutione secuta postea pars altera, quae accrevit, vindicetur, in lite quidem proprietatis iudicatae rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare scribit Iulianus, quoniam portio fundi velut alluvio portioni, personae fructus accresceret.

(o) L. 3. de alim. vel cib. leg.— L. 57. §. 1. de usufr. (7. 1.). *Papin*. Per fideicommissum fructu praediorum ob alimenta libertis relicto partium emolumentum ex persona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrit.

(p) Ved. *Griesinger*, come possa aver luogo il diritto di accrescimento nell'uso legato, Stuttg. 1794 — *Vangerow*, o. c. §. 555.

(a) L. 18. C. de legat. (6. 37.).—L. 34. pr. de legat. (32. 2.). *Scaev*. Nomen debitoris in haec verba legavit: *Titio hoc amplius dari volo decem aureos, quos mihi heredes Caii Seii debent, adversus quos ei actionem mandari volo, eique eorundem pignora tradi;* quaero, utrum heredes tantum decem dare debeant, an in omne debitum, hoc est et in usuras debeant mandare. Respondit, videri universam eius nominis obligationem legatam. Item quaero, quum ignorante matrefamilias actores in provincia adiectis sorti usuris decem stipulati sint, an ex causa fideicommissi suprascripti etiam incrementum huius debiti ad Titium pertineat. Respondit, pertinere.

(b) §. 21. Inst. de legatis (2. 20.). — L. 44. §. 6. L. 75. §. 2. L. 105. de legat. (30.). *Ulp*. Sed etsi nomen legetur, benigne id, quod debetur, accipiendum est, ut actiones adversus debitorem cedantur. — L. 10. h. t.

l'obbligazione legata, onde sarà inefficace o se l'obbligazione non esiste o se cessa prima della morte del testatore (c). Nondimeno quando il credito si è estinto perchè l'erede ne ha ricevuto il pagamento, ovvero quando il pagamento fu ricevuto dallo stesso testatore, ma senza proposito di rivocare il legato, anzi con idea di lasciare al legatario il valsente riscosso, il legato permane efficace (d).

Se fu legata l'una delle cose comprese in un'obbligazione alternativa, può il legatario con un' *actio incerti* pretendere che l'erede esercitasse il suo diritto: ma, essendo in facoltà del debitore di soddisfare quella delle cose che presceglie (§. 318.), dipende da questa scelta l'efficacia del legato. Similmente legato a più persone nel suo vario contenuto il credito alternativo, la scelta del debitore designerà per quale dei collegatarii sarà il legato efficace (e). Che se il diritto di scegliere sta nel creditore, questa scelta spetterà al legatario, purchè determinatamente non gli avesse il testatore tassato una delle cose: tale obbligazione legata a più legatarii, riceverà l'uno l'azione del credito, e l'altro il prezzo della cosa non prescelta (f). Dicasi lo stesso rispetto ad un'obbligazione correale (g) (§. 322.).

(c) L. 75. §. 1. 2. L. 82. §. 5. de legat. (30.). Si mihi, quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat, sciendum est, nullum esse legatum, et quidem, si quantitas non sit adiecta, evidenti ratione nihil debebitur, quia non apparet, quantum fuerit legatum; nam et si quod ego Titio debeo, ei legavero quantitate non adiecta, constat, nullum esse legatum, quum si decem, quae Titio debeo, legavero, nec quidquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum, ut in legato dotis Iulianus respondit. Quodsi addiderit: *decem, quae mihi Titius debet, lego*, sine dubio nihil erit in legato; nam inter falsam demonstrationem et falsam conditionem sive causam multum interest; proinde et si Titio decem, quae mihi Seius debet, legavero, nullum erit legatum, esse enim debitor debet; nam et si vivus exegissem, extingueretur legatum, et, si debitor maneret, actiones adversus eum heres meus duntaxat praestare cogeretur.

(d) L. 21. §. 2. h. t. L. 11. §. 13. L. 64. de legatis (32). *Ulp.* Ergo et si nomen quis debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit, non tamen hoc animo, quasi vellet extinguere fideicommissum, poterit dici, deberi, nisi forte inter haec interest; hic enim extinguitur ipsa constantia debiti, ibi res durat, tametsi alienata sit. Quum tamen quidam nomen debitoris exegisset, et pro deposito pecuniam habuisset, putavi, fideicommissi petitionem superesse, maxime quia non ipse exegerat. Sed debitor ultro pecuniam obtulerat, quam offerente ipso non potuit (non) accipere. Paulatim igitur admittemus, etsi ex hac parte pecuniae rem comparaverit, quam non hoc animo exegit, ut fideicommissarium privaret fideicommisso, posse adhuc fideicommissi petitionem superesse. — Confr. L. 31. §. 3. de adim. legat. (34. 4.).

(e) L. 75. §. 4. de legat. (30.). *Ulp.* Proinde si Stichum legaverit, quum ille ei Stichum, aut decem deberet, incerti actio legatario adversus heredem competit, ut scripsit Iulianus libro trigesimo tertio Digestorum, per quam actionem compellat heredem experiri; et si Stichum consecutus fuerit, praestabit ei, si decem, nihil consequetur; secundum quod erit in arbitrio debitoris, an sit legatarius is, cui Stichus legatus est. — L. 50. §. 1. de legat. (31.).

(f) L. 76. de legat. (30.). *Iulian.* Quodsi quis Stichum aut Pamphilum stipulatus, Sempronio Stichum legasset, Maevio Pamphilum, oneratus heres intelligitur, ut necesse habeat alteri actionem suam, alteri aestimationem Stichi aut Pamphili dare. — Ved. *Puchta*, pand. §. 532. not. h. — *Arndts*, §. 576. — *Mühlenbruch*, 557. in cont. — *Haimberger*, §. 423.

(g) L. 82. §. 5. eod.

Quando il diritto di obbligazione fosse stato solamente legato solo per similitudine, è chiaro che il legato sarà valido quantunque l'obbligazione non fosse efficace, o si fosse estinta (h).

2) Il testatore potrà legare al suo debitore appunto ciò che questi gli deve, sicchè il legatario è liberato dalla sua obbligazione; donde il nome di questo legato *(legatum liberationis)* (i).

Ha dunque il legatario diritto di esser liberato dal debito, e però se fosse convenuto in giudizio con l'azione del credito, opporrà l'*exceptio doli*; può inoltre egli stesso pretendere giudiziariamente la liberazione del debito se ha interesse attuale per questa dichiarazione (l).

Il legato è senza effetto quando si estinse in qualunque maniera l'obbligazione, come per pagamento fatto al testatore; se al contrario il pagamento fu fatto all'erede, allora il *legatum liberationis* sarà di nessun momento, quando il legatario abbia pagato con piena saputa dell'esistenza del legato; che se egli pagò erroneamente, può ripetere lo sborso (m). È ancora senza efficacia quando manca assolutamente l'obbligazione, o quando evvi contro una eccezione perpetua, quantunque il supposto obbietto di essa fosse esattamente determinato (n).

Il legato di liberazione consiste ancora nel liberare il legatario dal debito che ha verso un terzo, onde il legatario può pretendere che l'erede

(h) L. 96. eod. *Iulian.* Quidam testamento vel codicillis ita legavit: *aureos quadringentas Pamphilae dari volo, ita ut infra scriptum est; ab Iulio actore aureos tot, et castris quas habeo, tot, et in numerato quos habeo, tot;* post multos annos eadem voluntate manente decessit, quum omnes summae in alios usu translatae essent; quaero, an debeatur fideicommissum: Respondi: verosimilius est, patremfamilias demonstrari potius heredibus voluisse, unde aureos quadrigentos sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam conditionem fideicommisso iniecisse, quod initio pure datum esset, et ideo quadrigenti Pamphilae debebuntur.

(i) L. 1. 3. h. t. §. 13. inst. de legat. (2. 20.). — Paul. rec. sent. II. 6. §. 11.

(l) L. 3. §. 3. L. 7. §. 1. L. 22. h. t. *Ulp.* Nunc de effectu legati videamus; et si quidem mihi liberatio sit relicta, quum solus sim debitor, sive a me petatur, exceptione uti possum, sive non petatur, possum agere, ut liberer per acceptilationem. Sed etsi cum alio sim debitor, puta duo rei fuimus promittendi, et mihi soli testator consultum voluit, agendo consequar, non ut accepto liberer, ne etiam correus meus liberetur contra testatoris voluntatem, sed pacto liberabor. Sed quid si socii fuimus? Videamus ne per acceptilationem debeam liberari, alioquin, dum a correo meo petitur, ego inquietor. Et ita Iulianus libro trigesimo secundo Digestorum scripsit, si quidem socii non simus, pacto me debere liberari, si socii, per acceptilationem.

(m) L. 7. §. 4-7. eod. L. 26. §. 7. de cond. indeb. (12. 6.). *Ulp.* Adeo autem perpetua exceptio parit condictionem, ut Iulianus libro decimo scripserit, si emtor fundi damnaverit heredem suum, ut venditorem nexu venditi liberaret, mox venditor ignorans rem tradiderit, posse eum fundum condicere. Idemque, et si debitorem suum damnaverit liberare, et ille ignorans solverit.

(n) L. 75. §. 2. de legat. (30.). — L. 13. 25. h. t. *Iulian.* Si creditor debitori, qui se exceptione perpetua tueri poterat, legaverit, quod sibi deberet, nullius momenti legatum erit. At si idem debitor creditori legaverit, intelligendum erit, exceptionem eum remitti creditori voluisse.

soddisfaccia il suo creditore (o). Se il testatore abbia ordinata la liberazione del legatario da tutti i suoi debiti, il legato si riferisce a quelli solamente, che costui aveva nel tempo in cui fu così testato (p).

Il legato medesimo giova al fideiussore poichè questi avrebbe altrimenti il regresso contro il debitore, ma non giova ai condebitori salvo che fossero socii (q).

Questo legato può essere istituito tacitamente, quando il creditore testando leghi al suo debitore la carta dell' obbligo: ma se fosse solo lasciato il pegno costituito, il legatario può ben pretendere la liberazione del pegno, ma non l'insieme dell'obbligazione (r).

3) Il testatore può legare al suo creditore quello appunto che gli dovea, onde il *legatum debiti*. Questo legato è vano, nè viene considerato per la sottrazione della Falcidia, salvo che non vantaggi realmente il creditore, come quando si lega puramente un debito condizionale, il pagamento in un luogo più comodo, o in un tempo più opportuno, ovvero immediatamente dopo l' adizione dell' eredità, o rassicurato per ipoteca sui beni dell'erede; se liberi il creditore dalle eccezioni che avrebbero potuto opporglisi, ovvero in fine se il legato sia maggiore per somma del debito (s). Se debito non esiste, il legato sarà di nessun valore; ma se fu determinata una somma certa, sarà valido (t).

(o) L. 3. §. 2. 3. b. t. — Ved. not. (l).

(p) L. 28. §. 1. L. 31. §. 4. 5. h. t. *Scaev. Caio Seio optime merito hoc amplius lego, concedique volo, neque ab eo peti, neque ab heredibus eius, quidquid mihi aut chirographis, aut rationibus debitor est, vel quidquid a me mutuum accepit, vel fidem meam pro eo obligavi;* quaero, utrum id solum, quod eo tempore, quo testamentum fiebat, debebatur, legatum sit, an et si quid ex ea summa usurarum nomine postea accessit, legato cedat. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, videri omnem obligationem Seio eius debiti per fideicommissum solvi voluisse. §. 5. Item quaeritur, si postea novatione facta et ampliata summa coeperit debere, an id, quod ex vetere contractu debebatur, nihilominus in causa legati duret, an vero novatione facta quasi novus debitor ampliatae summae possit conveniri. Respondit, id duntaxat legatum videri, quod tunc debuisset, si tamen mansit in ea voluntate testator, quae tunc fuisset.

(q) L. 2. 3. §. 3. L. 5. 31. §. 3. h. t. *Pompon.* Heredem damnatum a fideiussore non petere, a reo petere posse; sed a reo petere vetitum, si a fideiussore petat, reo ex testamento teneri Celsus putat. §. 1. Idem Celsus ait, nullam dubitationem habere, quin herede petere a debitore vetito, nec heres heredis petere possit.

(r) L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. h. t. *Ulp.* Liberationem debitori posse legari, iam certum est. §. 1. Sed et si chirographum quis decedens debitori suo dederit, exceptionem ei competere puto, quasi pro fideicommisso huiusmodi datione valitura.

(s) §. 14. Inst. de legat. (2. 20.). Ex contrario, si debitor creditori suo, quod debet, legaverit, inutile est legatum, si nihil plus est in legato, quam in debito, quia nihil amplius habet per legatum. Quodsi in diem vel sub conditione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repraesentationem. Quodsi vivo testatore dies venerit aut conditio extiterit, Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit: quod et verum est; non enim placuit sententia existimantium, extinctum esse legatum, quia in eam causam pervenit, a qua incipere non potest. — L. 5. ad L. Falc. (35. 2.). — L. 28. de legat. (30.).

(t) §. 15. Inst. de legat. (2. 20.). — L. 75. §. 1. de legat. (30.). — L. 25. h. t.

§. 305.

G. Del legato di dote.

T. D. de dote praelegata (33. 4.).

Anche la dote può essere legata nelle seguenti forme:

1) Costituita per mezzo di un legato diretto al marito, tale disposizione contiene veramente un legato per la donna, in quanto che è lei che riceve il vantaggio di essere dotata; quando per colpa dello sposo il matrimonio sia stornato, è data a lei il diritto di obbligazione per la dote (a); celebrato il matrimonio, il diritto di ripetere la dote è comune anche al marito (b).

2) Se la dote è legata direttamente alla donna, questa sola avrà l'azione per ripeterla. Quando in un simile legato il testatore non ha espresso la condizione delle future nozze, è riguardato come un legato a scopo determinato, e si può subito ripetere, dando cauzione; e però se la legataria muore prima di contrarre matrimonio, non trasmette nulla agli eredi, essendo la determinazione dello scopo puramente personale (c).

3) Obbietto del legato può essere ancora una dote già costituita, in

(a) L. 43. de legat. (32.). — L. 71. §. 3. de cond. et demontr. (35. 1.). *Papin. Titio, genero meo, herss msus dotis Seias, filiae meae, nomine centum dato;* legati qnidem emolnmcntum ad Seiam, quae dotem habere incipit, pertinebit; sed qnia non tantnm mnlieri, sed Titio qnoque, cui pecnniam legavit, consnltum videtnr, prope est, nt ipse legatarius intelligatnr, et legatnm petere debeat. Si post divortium genero pecuniam beres solverit, aeqne liberabitnr, qnoniam in dotem solutio convertitnr. Constante autem matrimonio, etiam probibente muliere, Titio recte solvetnr; boc enim et mulieris interest, nt incipiat esse dotata. Nam et si quis ipsam qnoque petitionem habere responderit, eaque pecuniam petat, neque dotis fieri velit, non dnbie doli summovebitnr exceptionc. Ante nnptias vero Titlo vel mnliere defunctis legatnm apnd beredem manet; qnodsi nollt eam nxorcm ducere, causae legati, qnod ad mulieris personam attinet, satisfactum intelligetnr, sed Titio legatum petenti nocebit excptio doli. Sabinns autcm existimabat, nnpta mulicre Titio, sine cantione legatnm deberi, qnoniam pecunia dotis efficeretnr; sed qunm ante nnptias, qnia purum legatum est, peti potest, cautio: *mulieri pecuniam reddi*, uecessaria erit. Quodsi maritus vitio sno causa ceciderit, neqne solvendo sit, nnmqnid adversus beredem mnlicri, qnae nihil deliqnit, sncenrri debeat ob eam pecuniam, quae doti fuerat destinata? Sed qnoniam ambo legati petitioncm babnernnt, salvam bebebit, non solnta pecunia viro, mulier actionem.

(b) L. 29. 48. §. 1. de inr. dot. (23. 3.). *Iulian.* Socer genero sno sic lcgaverit: *Lucio Titio filiae meae nomine centum herss meus damnas esto dare*; hanc pecuniam generum petere debere, exactam acceptam legatis referri, sed divortio facto de dote actionem mnlieri reddendam Proculns respondit, et uihilominns dotis esse factam. Inlianns, notat: imo nec filiae, si voluerit, deneganda est buiusmodi actio. — L. 1. §. 3. de cond. et dcmonstr. (35. 1.).

(c) L. 71. §. 3. eod. — Ved. not. (a).

quanto che si lega il diritto di esigerla (*legatum dotis exigendae*) (d). Questo legato è simile al *legatum nominis*.

4) Può essere legato ancora l'obbligo alla restituzione della dote. Un tale legato disposto dal marito è un *legatum debiti*, e dà il vantaggio che si potrà chiedere la dote subito senza attendere il termine della restituzione, ed esclude le contro obbligazioni, come per le spese, che diminuiscono la dote, le quali s'intendono rimesse. È nullo quando non vi è dote, ma se è stata determinata una somma, la donna può ripetere il legato come se esistesse la dote (e).

5) Finalmente la moglie può legare al marito la propria dote, e questo legato ha l' effetto del *legatum liberationis*, giacchè il marito vien liberato dall' obbligo di restituirla (f).

APPENDICE XIV.

Rispetto ai legati come ad ogni altra istituzione del diritto romano eravi contrarietà fra il legato per diritto civile, *legatum*, e quello per diritto delle genti *fideicommissum*.

1) Il *legatum* essendo istituito di diritto civile rigoroso dovea essere disposto con parole speciali, *verba civilia*, ossia con parole latine (a).

Di questi legati si contavano quattro forme, cioè *legatum per vindicationem*, *legatum per damnationem*, *legatum sinendi modo*, e *legatum per praeceptionem*.

a) La prima forma, determinata con queste parole *hominem Stichum do lego* (b), aveva l' efficacia che la cosa legata era immantinenti trasmessa nella proprietà quiritaria del legatario, il quale vi avea sopra la *rei vindicàtio*. Il legato era così un modo di acquistare la proprietà quiritaria.

Dal suo carattere si desume che per essere valido dovea il testatore stesso avere la proprietà quiritaria dell' oggetto, che voleva legare, e l' esistenza del suo diritto dovea permanere così al tempo che si testava, come alla morte del testatore per le cose non fungibili; per le fungibili bastava che fossero in proprietà del testatore al tempo di sua morte (c). Nasce quindi che il legato è nullo quando le cose sono altrui; nè il senatoconsulto *Neroniano*, inteso a convalidarlo, potè derogare tale

(d) L. 1. §. 10. L. 7. h. t.

(e) L. 1. §. 8. L. 5. h. t.—§. 15. Inst. de legat. (2.20.). §. 15. Sed si uxori maritus dotem legaverit, valet legatum, quia plenius est legatum, quam de dote actio. Sed si quam non accepit dotem legaverit, divi Severus et Antoninus rescripserunt, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum; si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumentum dotis in praelegando demonstrata sunt, valere legatum.

(f) L. 1. §. 7. h. t.

(a) *Gai.* Inst. II. 281.—*Ulp.* fragm. XXV.

(b) Fragm. Vat. §. 47. 55. 75.—*Pauli* recept. sent. III. 6. §. 26.

(c) *Gai.* Inst. II. 196. Per vindicationem legetur res, quae ex iure quiritium ipsius testatoris sunt; sed eas quidem quae pondere numero mensura constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex iure quiritium testatoris, veluti vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata. *Ulp.* fragm. XXIV. 7.

principio; lo convalidò infatti sotto la forma *per damnationem* e non mai *per vindicationem* (d); nullo è pure quando l' oggetto fu prima della morte alienato. Della medesima cosa legata a molti, i collegatarii divengono comproprietarii, e mancando l'uno di essi senza acquistare il legato, la sua porzione si accresce agli altri, tanto se istituiti *coniunctim*, quanto se *disiunctim*, il che corrisponde alle due congiunzioni, *re et verbis* e *re tantum* p. e. *Titio et Seio hominem Stichum do lego*, ovvero *Titio hominem Stichum do lego; Seio eundem hominem do lego* (e).

Controverso era fra la scuola Sabiniana e la Proculeiana, in qual momento si trasmetteva la proprietà di un tale legato: giacchè secondo la prima il passaggio della proprietà quiritaria dovea riconoscersi dal momento dell' acquisto dell' eredità da parte dell' erede, anche indipendentemente dalla volontà del legatario; secondo l' altra eravi bisogno della volontà di costui. La controversia finì al tempo di *Gaio* per un rescritto di Antonino che la decise nel senso della opinione dei Proculeiani (f).

b) Il *legatum per damnationem* era determinato con questa formola: *heres meus Stichum servum meum dare damnos esto*, o *dato*, ovvero *dare iubeo* (g); ed esso dava origine ad una obbligazione dell' erede verso il legatario diretta al dare, *mancipare, in iure cedere, tradere:* l' *actio in personam* del legatario obbligava al doppio l' erede che negasse il legato. Con questa formola si potevano legare anche le cose altrui (h) ed in generale tutto ciò che poteva essere obbietto di obbligazione; di molti nominati *disiunctim*, ciascuno avea diritto all' intero; in questo caso non si ammetteva diritto di accrescimento, ma la porzione caduca ritornava all' eredità.

c) Il legato *sinendi modo*, espresso in questa forma: *heres meus damnas esto sinere L. Titium hominem Stichum sumere sibique habere*, avea per effetto un'*actio in personam* contro l' erede, il quale pure non era come pel legato precedente obbligato al *tradere* o alla *mancipatio*, ma solo a permettere che il legatario acquistasse il legato. Di questo legato poteva essere obbietto tanto la cosa propria quanto l' altrui (SC. Neroniano).

Nel caso di congiunzione tra i legatarii, se essi erano *coniunctim* prendevano la cosa in comune, ma senza *ius accrescendi*; se *disiunctim* valeva la regola precedente nel legato *per damnationem*, il caduco rimane all' eredità (i).

(d) *Gai.* Inst. II. 197. Sed sane hoc ita est iure civili; postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legavit, qui eius nunquam fuerit, perinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset; optimum autem ius est per damnationem legatum, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit. — Fragm. Vat. §. 85.

(e) *Gai.* II. 199.—*Ulp.* fragm. XXIV. §. 12.

(f) *Gai.* Inst. II. 195. In eo vero dissentiunt prudentes; nam Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores quod ita legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse dimissum; sed postea quam scierit, et . . . . tum perinde esse atque si legatum non esset. Nerva vero et Proculus, ceterique illius scholae auctores non aliter putant fieri legatarii, quam si voluerit eam ad se pertinere. Sed hodie ex Divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videbitur, quod Proculo placuit.

(g) *Gai.* Inst. II. §. 201.

(h) *Gai.* Inst. II. 202. 203. 205.—*Ulp.* fragm. XXIV. 13.—fragm. Vat. §. 83. 87.

(i) *Gai.* Inst. II. 205.

4) La quarta forma del legato era così concepita *L. Titius hominem Stichum praecipito*. Non si era concordi nel carattere di questa forma di legato, considerandolo i Proculeiani come lo stesso legato *per vindicationem*, onde reputavano inutile la preposizione *prae*, potendosi ugualmente leggere *capito*, considerandolo al contrario i Sabiniani come una specie particolare di legato interpretandolo per un *praecipuum sumere*. In questa forma era possibile di poter legare le sole cose ereditarie, ed esso si faceva valere col *iudicium familiae erciscundae*; le cose altrui poterono essere legate solo per concessione del SC.Neroniano. Anche i Proculiani lo reputavano un legato speciale quando era in favore di uno degli eredi istituiti (prelegato), nel qual caso la parte che l'erede avrebbe dovuto pagare a sè stesso diventava caduca (k).

Il legato per diritto rigoroso supponeva assolutamente un testamento e un erede istituito; non poteva imporsi al legatario o all' erede *ab intestato*, e doveva essero scritto assolutamente dopo l' istituzione dell' erede. Poteva bensì essere scritto in un codicillo, ma questo dovea confermarsi nel testamento (l).

Non si poteva legare a favore di chi fosse in potestà dell'erede; tale legato secondo Servio si annullava quando all'apertura della successione la persona del legatario era ancora soggetta alla potestà dell'erede; secondo altri era sempre nullo, ma poteva esser valido se fatto *sub conditione* che il legatario uscisse di quella potestà (Sabino e Cassio); secondo i Proculiani era nullo anche in quest'ultima ipotesi: predominò l'opinione di Sabino. Era nullo ancora il legato a favore di colui al quale era soggetto l'erede, almeno si dovea annullare quando all'apertura del testamento l'erede vi era ancora soggetto per opinione di Gaio accettata anche da Giustiniano; era sempre nullo secondo Ulpiano (m).

La somma disponibile per ciascun legato fu limitata per tre leggi consecutive. La legge *Furia* determinò che niuno poteva aver un legato superiore a 1000 assi, *exceptis quibusdam personis*, ossia i parenti fino al sesto grado inclusivo: e chi prendeva un legato maggiore restituiva il quadruplo (n). In seguito venne la legge Voconia in favore di coloro ch'erano censiti nel primo ordine con 100,000 assi: la quale, senza fissare una certa somma, decise che niun legatario potesse ricevere più di quello che riceveva l'erede (o). Ma queste furono abolite dalla legge Falcidia nel-

(k) *Gai.* Inst. II. 217. 218. 220-23.

(l) *Gai.* Inst. II. 270. 275. Item intestatus moriturus potest.... fideicommissnm alicui relinquere, legatum vero relinqnere non potest. Legstum enim codicillis relictum non sliter valet, quam si codicilli testsmento confirmsti fuerint, id est, nisi in testamento csverit testator, nt quidquid in codicillis scriptum id... relinqui potest. *Ulp.* XV. 7.—§. 21. Inst. de legat. (2. 20.).

(m) *Gai.* Inst. II. 235. 244.—*Ulp.* XXIV. §. 17. 32. — §. 23. 36. Inst. de leg. (2. 20.).

(n) Frsgm. Vat. §. 301.—*Ulp.* XXVIII. 7.—*Gai.* Inst. II. 225. Itaque lats est lex Fnria, qus, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille sssibus legatorum nomine mortisue csusa capere permissum non est. Sed et bsec lex non perfecit quod voluit. Qui enim verbigratis quinquo milinm seris patrimoulnm babebst, poterit quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimoninm erogare. — IV. §. 2.

(o) *Cicer.* In Verrem I. 42.—*Gai.* Inst. II. 226. Postes lsts est lex Voconia, qus csntum est, ne cni plus legstorum nomine mortisve causa cspere liceret, qnam heredes csperent; ex qua lege plsne qnidem sliquid ntique heredes habere videbantnr, sed tsmen fere vitinm simile nascebstur; nam in multas legatarinm personas distributo pstrimonio, poterst sdeo heredi minime relinquere testator, nt non expediret heredi hnius verbigratia totius hereditatis onera sustinere.

l'anno 714, secondo cui la facoltà di legare venne ancora di più ristretta, affinchè la rinuncia degli eredi non facesse pericolare gli stessi legati; essa venne per conseguenza in interesse degli eredi e dei legatarii (§. 292.).

2) A questo istituto rigoroso del diritto civile si contrappose un altro istituto simile del diritto delle genti che prese nome di fedecommesso: specie di legato scevro di formalità col quale il testatore pregava il suo erede di dare o rilasciare qualche cosa al legatario commettendone la soddisfazione alla fede di lui: onde il gravato fu detto *fiduciarius* ed il legatario *fideicommissarius*. Come istituzione del diritto delle genti il fedecommesso poteva benissimo scriversi con altre parole che latine, prima o dopo la istituzione dell'erede; poteva ordinarsi verbalmente, anzi per semplici cenni, o per lettera diretta agli eredi testamentarii confermata o no nel testamento: e poteva imporsi tanto agli eredi testamentarii quanto agli *ab intestato* in un codicillo *ab intestato*, il quale poi ebbe sotto Augusto il suo valore giuridico (p).

Dapprima il fedecommesso non generava azione in giudizio posando all'intutto sulla buona fede dell'erede: ma di poi fu ammessa una *extraordinaria cognitio* affidata ai consoli da Augusto, ed in seguito si stabilì uno speciale magistrato detto *Praetor fideicommissarius* (q).

Dapprima poteva essere fedecommissario anche un incapace, così potevano essere i *peregrini*, i Latini *Iuniani*, le donne escluse dalla legge Voconia, le persone incerte, i postumi, i *coelibes*, *orbi*, ecc. Ma questa larghezza cessò pel senatusconsulto Pegasiano che applicò al fedecommesso le norme della legge Giulia e Papia. Poscia per mezzo di un senatoconsulto promulgato sotto Adriano rimasero incapaci i peregrini e le persone incerte, cadendo al fisco quello che loro si era lasciato (r).

Il fedecommesso dava origine sempre ed unicamente ad una obbligazione, ma non era possibile una immediata trasmissione di proprietà; il giudizio sopr'esso era sempre una *extraordinaria cognitio*, in cui molte cose erano affidate all'arbitrio del magistrato (s).

La rivocazione del fedecommesso come la costituzione non era sottoposta a formalità; poteva anzi supporsi quando era nata inimicizia tra il testatore ed il fedecommissario. I fedecommessi non erano regolati dalla legge Falcidia, non essendo da principio obbligatorii per l'erede: questa legge fu loro applicata più tardi dal senatoconsulto Pegasiano.

3) Il primo passo per unificare i legati e i fidecommessi venne fatto dai figli di Costantino togliendo pe'legati la necessità di quelle determinate formole; restarono nondimeno alcune sole differenze come quella che il legato doveva essere imposto ad un erede testamentario; se non chè non era nullo quello imposto ad altre persone, ma valeva come fedecommesso; fu serbata la necessità della lingua latina pe'legati, ma presto cadde in disuso; onde cessate così a mano a mano tutte le formalità speciali nei legati, Giustiniano potette equipararli in tutto e per tutto ai fedecom-

(p) *Gai.* Inst. II. 246. 267.—*Ulp.* Fragm. XXV. 1.—*Paul.* Receptae sent. IV. 1. §. 4. 6.—§. 3. Inst. de sing. reb. (2. 24.).—T. C. de fideicomm. (6. 42.).—*Ulp.* XV. 3. 8.—*Gai.* Inst. II. 270. — Ved. not. (i). — 273. §. 1. Inst. de codicill. (2. 25.). — L. 8. pr. de iur. codicill. 297.

(q) *Gai.* Inst. II. 278. Praeterea legata per formulam petimus; fideicommissario Romae quidem apud consulem, vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, perseguimur; in provinciis vero apud praesidem Provinciae.

(r) *Paul.* Rec. sent. IV. 1. §. 1. 3. — §. 1. Inst. de sing. reb. (2. 24.).

(s) *Paul.* Rec. sent. IV. 1. §. 16.—*Ulp.* Fragm. XXV. 6.

messi. Nel diritto novissimo adunque vi è una sola specie di legato, che si dimanda ora legato e ora fedecommesso, e tutte le regole di diritto sono applicabili combinatamente e senza distinzione.

SEZIONE II.

Dei fedecommessi universali.

T. Inst. de fideicommissaria hereditate (2. 23.). D. ad SC. Trebellianum (36. 1.). C. h. t. (6. 49.).

§. 306.

I. Concetto e requisiti del fedecommesso universale.

È fedecommesso universale la disposizione per la quale il testatore impone all' erede di restituire altrui tutta l' eredità od una parte.

1) Come nel legato singolare, così nel fedecommesso universale sono indispensabili tre persone, cioè la persona del fedecommittente o testatore, l' erede cui è imposta la restituzione, detto fiduciario, e la persona del fedecommissario. Per mezzo di un tale atto nasce a favore del fedecommissario una successione universale mediata, imperciocchè questi subentra a tutta la persona del defunto non immediatamente, ma mediante l' erede.

Questo istituto di diritto somiglia alla sostituzione, in quanto che l' erede fedecommissario è sostituito all'erede fiduciario, onde il nome di *fideicommissaria substitutio* (a); ma vi è questa rilevante differenza, che nella sostituzione volgare si richiede che l' istituito non adisca l' eredità; ovechè la sostituzione fedecommissaria riceve la sua validità appunto dall' accettazione dell' erede fiduciario.

Se l' erede deve consegnare altrui per comando del testatore l' eredità che gli venne da un terzo, questa disposizione non sarà un fedecommesso universale, ma un legato di cosa propria dell' erede (b).

2) Circa i requisiti valgono i principii osservati pei legati: ossia può ordinare fedecommessi colui che ha la *testamenti factio activa*, e può essere erede fiduciario o fedecommissario chi è capace a succedere per atto di ultima volontà.

3) Circa alla forma esterna, come il legato, il fedecommesso univer-

(a) L. 57. §. 2. h. t.—L. 16. C. de pact. (2. 3.).

(b) L. 17. §. 1. L. 27. §. 9. 10. h. t. *Ulp.* Iulianus quoque libro quadragesimo Digestorum fideicommissum tale valere ait: *fidei tuae committo, ut hereditatem Titii restituas*, quum esset is, qui rogatus est, a Titio heres institutus. — Confr. L. 114. §. 7. de legat. (30.).

sale è bene ordinato sia in un testamento come in un codicillo, in forma di preghiera o di comando, puramente o sotto condizione, espressamente o tacitamente (c). Ha luogo un fedecommesso tacito:

a) se il testatore proibisce di testare sull' eredità (d);

b) se ordina all' erede d' istituire una certa persona (e);

c) se lo istituisce in una *res certa* (§. 239);

d) se gli proibisce di alienare le cose ereditarie perchè sieno conservate ad una determinata persona (f);

e) se gl' impone di dividere l' eredità con altri (g).

Nel fedecommesso imposto ai discendenti è sottintesa la condizione che costoro morissero senza figliuoli (h).

(c) §. 2. Inst. h. t. In primis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis recto iure testamento heres instituatur, eiusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo heres instituitur. Quum igitur aliquis scripserit: *Lucius Titius heres esto*, poterit adiicere: *rogo te, Luci Titi, ut, quum primum possis hereditatem meam adire, eam Gaio Seio reddas restituas.* Potest autem quisque et de parte restituenda heredem rogare; et liberum est, vel pure, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex die certo. — L. 2. de legat. (30.). — confr. L. 32. §. 1. de usufr. leg. (33. 2.). — L. 1. C. de usufr. (3. 53.). — L. 67. h. t.

(d) L. 74. pr. h. t. *Paul.* Qui filium et filiam habebat, testamentum fecit, et ita de filia sua caverat: Ἐντέλλομαί σοι μὴ διατίθεσθαι, πρὶν τέκνα σοι γενέσθαι. (*Mando tibi, non testari, donec liberi tibi sint; — Versio vulg.*) pronuntiavit Imperator, fideicommissum ex hac scriptura deberi, quasi per hoc, quod prohibuisset eam testari, petiisset, ut fratrem suum heredem faceret; sic enim accipiendam eam scripturam, ac si hereditatem suam rogasset eam restituere.

(e) L. 17. pr. eod. *Ulp.* Ex facto tractatum est, an per fideicommissum rogari quis possit, ut aliquem heredem faciat. Et Senatus censuit, rogari quidem quem, ut aliquem heredem faciat, non posse, verum videri per hoc rogasse, ut hereditatem suam ei restituat, id est, quidquid ex hereditate sua consecutus est, ut ei restitueret. — L. 114. §. 6. de legat. (30.).

(f) L. 114. §. 14. eod. — Ved. §. 239. annot.

(g) L. 19. §. 1. L. 78. h. t. *Paul. Te rogo, Luci Titi, hereditatem meam cum Attio partiaris*; ex Senatusconsulto Trebelliano in eum, cui restituta est hereditas, actiones competere Aristo ait, quia pro hoc accipiendum sit: *rogo, hereditatem illam restituas;* nec verba spectantur Senatusconsulti, sed sententia quibuscunque verbis, dum testator senserit, ut hereditas sua restituatur.

(h) L. 102. de cond. et demonstr. (35. 1.). *Papinian.* Quum avus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petiit, ut, si intra annum trigesimum moreretur, hereditatem patruo suo restitueret; nepos liberis relictis intra aetatem suprascriptam vita decessit; fideicommissi conditionem coniectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum quam dictum fuerat, inveniretur. — L. 30. C. de fideicomm. (6. 42.).

II. Dell' acquisto di un fedecommesso universale.

§. 307.

Obbligo di accettare l' eredità.

È legge propria di ogni fedecommesso universale che esso non abbia valore prima che il fiduciario non accetti l' eredità; per togliere quindi dall' arbitrio del fiduciario la validità del fedecommesso, fu sancito dal senatoconsulto Pegasiano, che il fedecommissario possa costringere l'erede fiduciario ad accettare l' eredità, sanzione ripetuta da Giustiniano (a). Eccone i principii:

1) L' obbligo dell' erede è ristretto ai veri fedecommessi universali (b).

2) Il diritto di costringere il fiduciario all'accettazione spetta al solo fedecommissario, sia che a lui dovesse restituirsi tutta l' eredità, sia che dovesse restituirgliesene una parte (c). Sè il fedecommesso fu ordinato sotto condizione, bisogna distinguere quando il fiduciario è erede *ex asse,* o quando abbia coeredi. In quest' ultimo caso non si potrà costringerlo ad accettare l'eredità prima che segua la condizione: ma sì quando il fiduciario è erede *ex asse,* specialmente perchè l' accettazione non può tornargli di pregiudizio, imperocchè secondo un rescritto di Antonino Pio, nel caso che manchi la condizione sotto cui fu istituito il fedecommesso, può l'erede contro l'accettazione farsi restituire in intiero (d). Se lo stesso

(a) *Gai.* Inst. II. 258.—*Ulp.* fragm. XXV. 16.—§. 6. 7. Iust. h. t.

(b) L. 14. §. 6-8. L. 15. pr. §. 1-6. h. t. *Hermogen.* Quare si fideicommissum pecuniarium alicui fuerit relictum, cessat compulsio, tametsi indemnitatis cautio offeratur. Proinde qui hereditatem rogatur restituere, is demum compellitur restituere. Sed et si quis bona rogatus sit, vel familiam, vel pecuniam rogetur, vel universam rem meam.

(c) L. 1. §. 9. L. 16. §. 8. 9. L. 28. h. t.

(d) L. 11. §. 2. L. 12. 13. pr. L. 31. h. t. *Marcian.* Si cui pure libertas, et per fideicommissum sub conditione hereditas relicta est, cogitur heres adire hereditatem, si suspectam dicat, et restituere; et deficiente conditione libertas ei eripi non potest. Si autem ei, qui in diem libertatem accepit, hereditas per fideicommissum relicta fuerit, suspectam eam interim non posse adiri, Divus Pius Cassio Hadriano rescripsit, quum non potest nondum libero hereditas restitui; nec rursus contra voluntatem defuncti libertatem esse praestandam. Si sub conditione heres institutus, rogatusque hereditatem restituere, non vult conditioni parere, et adire hereditatem, si facti est conditio, debet parere, et adire , et restituere; vel si in dando sit, offerente fideicommissario, recusante autem herede factum adimplere, licentia dabitur fideicommissario secundum imitationem dationis factum implere; et tunc necessitas imponitur adire hereditatem. Ceterae conditiones, quae non sunt in potestate heredis, ad officium Praetoris non pertineant. — L. 1. §. 6. de separat. (42. 6.).

fedecommissario deve a volta sua restituire altrui l' eredità, e trascura di costringere il fiduciario all' adizione, questo diritto si trasmette altresì a colui al quale in definitiva ricader deve l' eredità (e).

3) L' erede fiduciario può essere costretto assolutamente ad accettare l' eredità anche quando dimostra ciò non convenirgli come per insufficienza delle sostanze rispetto ai debiti (f): nè l' incapacità del fiduciario nè il trascorso del tempo utile per l' *agnitio* della *bonorum possessio* impediscono le azioni del fedecommissario (g). Se l'erede fiduciario ha chiesto il tempo per deliberare, può essere costretto anche durante questo, sebbene prima che finisca il termine ha sempre vantaggio di adire volentieri la successione (h).

Se il fiduciario è stato istituito sotto condizione, può essere costretto all' accettazione solamente dopo seguita la condizione, eccetto quando essa dev' essere considerata come non scritta (i).

Se la condizione è puramente potestativa, l' erede fiduciario può essere costretto ad adempirla (k); e se consiste nel dare una somma di da-

(e) L. 55. §. 2. h. t. *Papinian.* Qui fideicommissnm hereditatem ex Trebelliano, quam suspecta diceretur, totam recepit, si ipse quoque rogatus sit alii restituere , totam restitnere cogetur; et erit in hac quoqne restitutione Trebelliano locus , qnartam enim Falcidiae iure fideicommissarius retinere non potuit. Nec ad rem pertinet, quod, uisi prior, ut adiretur hereditas, desiderasset, fideicommissnm secundo loco datum intercidisset , quum euim semel adita est hereditas, omnia defuncti voluntas rata constituitur. Nou est contrarium, quod legata cetera non ultra dodrantem praestat; aliud est enim ex persona heredis conveniri, aliud proprio nomine defuncti precibus adstringi. Secundum quae potest dici, non esse priore tantum desideraute cogendum institutnm adire, ubi nulla portio remansura sit apud eum, utiqne si confestim, vel post tempus eum fructibus rogatus est reddere; sed et si sine fructibus rogatus est reddere, non erit idonea quantitas ad inferendam adeundi necessitatem. Nec ad rem pertinebit, si prior etiam libertatem accepit, ut enim pecuniam, ita nec libertatem ad cogendum institntnm accepisse satis est. Qnodsi prior recusaverit, placuit, ut recta via secnndus possit postulare, nt heres adeat, et sibi restituat.

(f) L. 9. §. 2. h. t. *Ulp.* §. 2. Quod si suspectam dicit, profiteri debet, non sibi expedire adire hereditatem, neque hoc dici oportere, non esse solvendo, sed profiteri eum oportet, quod non putat sibi expedire hereditatem adire.

(g) L. 16. §. 15. L. 63. §. 14. h. t. *Ulp.* §. 15. Ii, qui solidum capere non possunt, ex asse heredes instituti, et rogati restituere solidnm, adire hereditatem, et restituere cogentur, quum nihil oneris apnd eos remansurum sit.

(h) L. 71. h. t. *Maecian.* Omnes, qui de hereditate deliberant, desideraute eo, qui suo periculo velit adiri hereditatem, coguntur adire sed non statim restituere, sed ut completo tempore deliberationis, si expedire sibi compererint hereditatem, sentiant commodum testamenti eo iure, qno, si sponte adiissent; sin vero contra onerosam crediderint, restituta ea exonerentur actionibus hereditariis.

(i) L. 63. §. 9. h. t. *Gai.* §. 9. Quodsi conditio adscripta est, et ea est, quam Praetor remittit sufficere Edictum, ut Iulianus ait, et hactenus iubendus est, ut constituat praetoriis actionibus uti, aut petat bonorum possessionem secundum tabulas, ut ita nactus actiones tunc restituta hereditate transferat eas ex Senatusconsulto.

(k) L. 31. §. 2. L. 63. §. 8. h. t. — Ved. not. seg.

naro, questa può essere offerta dallo stesso fedecommissario, costringendo egli per questa via l' erede fiduciario ad accettare (l).

4) L' accettazione forzata dell' eredità non ha effetti dissimili dalla volontaria; onde il testamento non è *destitutum*, e restano valide tutte le istituzioni accessorie contenute in esso: nè quindi è possibile l' acquisto dell' eredità da parte del sostituto volgare (m).

Ma l'erede forzato rimane erede di pura forma; in sostanza egli è reputato estraneo alla medesima, e tutti i vantaggi e i pregiudizii che gli sarebbero venuti dall' accettazione volontaria, ricadono sull'erede fedecommissario che lo costrinse (n): onde se doveva restituire solo una parte dell' eredità, costretto ad accettare, la restituisce intera (o). Nondimeno anche in questo caso sopravanza all'erede fiduciario qualche vantaggio e specialmente:

a) Tutto ciò che lucra *conditionis implendae causa* non è obbligato di ritornare all' erede fedecommissario (p), nè i frutti raccolti fino alla reale restituzione dei beni (q).

b) Quando in favore del fiduciario è stato disposto un legato a condizione, che non diventi erede, il coerede, poichè in apparenza il primo eredita, non è tenuto a nulla, ma il fedecommissario deve prestare al fiduciario tutto il legato (r).

(l) L. 7. 31. §. 2. L. 63. §. 8. h. t. *Gai.* § 8. Si dandae pecuniae conditio adscripta est heredi, debet ei offerre pecuniam is, qui poscit fideicommissum, ut hereditatem impleta conditione possit adire et restituere.

(m) L. 11. §. 1. L. 14. §. 3. L. 27. §. 15. L. 63. §. 13. L. 66. pr. h. t. *Ulp.* Idem Iulianus ait, si duo fuerint a patre instituti cum filio eius impubere, et iidem substituti filio, sufficere ei, qui fideicommissum in secundis tabulis accepit, unum ex heredibus institutis cogere adire patris hereditatem; hoc enim facto confirmatisque patris tabulis, poterunt ex substitutione ambo cogi adire, et restituere hereditatem.

(n) §. 7. fin. Inst. h. t.—L. 4. 27. §. 2. L. 55. §. 3. L. 59. pr. h. t. *Iulian.* §. 2. Qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset, aut non adiisset. Et ideo si pupillo substitutus fuerit ita: *quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto*, hereditatem, quae ex substitutione ad eum pervenerit, restituere cogendus erit; si vero detracto hoc articulo: *quisquis mihi heres erit*, substitutus ita fuerit: *Titius filio meo heres esto*, tum, si solus patri heres extiterit, nihilo minus cogendus erit hereditatem pupilli restituere. Si vero coheredem habuerit, retinebit pupilli hereditatem, quia potuit coherede adeunte, quamvis ipse patris omisisset hereditatem, ex substitutione adire.

(o) L. 16. §. 8. h. t.—confr. L. 1. §. 9. L. 16. §. 8. 9. L. 28. pr. §. 1. 2. L. 63. §. 11. h. t.

(p) L. 44. §. 4. 5. de cond. et demonstr. (35. 1.). *Paul.* Sed quum suspectam adiit, et restituit, dubitabatur an ei auferendum sit; et benignius est, et in hoc casu ei auferri.

(q) L. 27. §. 1. h. t.

(r) L. 27. §. 15. h. t. *Iulian.* §. 15. Sed si eidem legatum esset sub hac conditione, si heres non esset, et suspectam sibi hereditatem dicat, non aliter cogendus est adire, quam ut legata, quae sub conditione, si heres non esset, data erant, restituantur, non quidem a coheredibus, ne onerentur, sed ab eo, cui restituta fuerit hereditas; nam sicut explendae fidei gratia cogendus est hereditatem, ita ob id ipsum damno affici non debet.

c) I *iura sepulcrorum* e le *operae libertorum* sono riservate all'erede fiduciario anche quando accetti forzato (s).

Una volta costretto l' erede fiduciario, s'intende che non può più esimersi dalla restituzione, e le azioni del fedecommessario *ipso iure* si trasmettono altresì contra ai successori del fiduciario. Che se la restituzione diventa impossibile, pel rescritto di Antonino Pio il fiduciario può ottenere di essere restituito in intiero contro l' accettazione (t).

§. 308.

2) Obbligo del fiduciario alla restituzione.

L'erede fiduciario ha obbligo di restituire all' erede fedecommissario in tutto o in parte l' eredità come fu disposto dal testatore: ed è bastevole una dichiarazione di volontà fatta o direttamente all' erede fedecommissario, ovvero al suo procuratore: dopo di che a qualunque dei due si ritorna il fedecommesso insieme coi frutti raccolti dall' erede (a). Il fiduciario inoltre è tenuto per dolo e colpa lata, e quando restituisce in parte, anche per *diligentia in suis rebus*; dopo la mora è tenuto per ogni danno e per rimborso di tutti i frutti (b).

È chiaro che dovendo l' erede fiduciario restituire al fedecommissario i beni della successione, gli è impedito di alienarli a pena di nullità: questa regola è eccettuata:

1) quando il testatore diè permesso d' alienare (c);

2) quando vi fu consenso del fedecommissario (d):

(s) L. 42. §. 1. L. 55. pr. §. 3. h. t. *Paul.* Restituta hereditate iura sepulcrorum apud heredem remanent.

(t) L. 44. pr. L. 67. pr. L. 11. §. 2. h. t. — L. 1. §. 6. de separat. (42. 6.).

(a) L. 27. §. 1. L. 37. pr. L. 38. 40. §. 2. I. 41. 42. 66. §. 1. h. t.

(b) L. 19. 22. §. 3. L. 27. §. 1. L. 44. §. 1. eod. *Ulp.* Sed enim si quis rogetur restituere hereditatem, et vel servi decesserint, vel aliae res perierint, placet, non cogi eum reddere, quod non habet; culpae plane reddere rationem, sed eius, quae dolo proxima est; et ita Neratius libro primo Responsorum scribit. Sed et si, quum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia, huiusmodi rei rationem reddet. Sed et si aedes ustae sunt culpa eius, reddet rationem; praeterea si qui partus exstant, et partuum partus, quia in fructibus hi non habentur. Sed et ipse, si quem sumtum fecit in res hereditarias, detrahet. Quodsi sine facto eius, prolixitate temporis aedes usu acquisitae sint, aequissimum erit, nihil eum praestare, quum culpa careat.

(c) L. 70. §. 3. de legat. (31.). *Papinian.* Quum autem rogatus, quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse, quae vendidit, non videtur.

(d) L. 11. C. de fideicomm. (6. 42.).

3) quando l' alienazione fu necessaria per pagare i debiti dell' eredità (e);

4) quando essa fu di cose soggette a perimento, e quindi necessaria per conservare il patrimonio (f);

5) quando il figlio erede è obbligato di prendere dall'eredità per costituire una dote conveniente (g);

6) Nel caso che il testatore avesse imposto di restituire al fedecommissario quanto dell' eredità rimanga dopo la morte del fiduciario (*quidquid superit ex hereditate*), ma questi potrà alienarne, non disporne per atto di ultima volontà, tre quarte parti; od anche l'ultima parte in caso di bisogno come per redimere prigionieri (h).

Il fiduciario che contro questa legge avesse alienato le cose ereditarie, ne deve imputare il valore nella quarta Trebellianica, restando nulle tutte le alienazioni fatte oltre il montare di questa *quarta*, e però sono impugnabili con un' *actio utilis;* le cose devono essere restituite in natura, e si può pretendere quello che l' erede abbia lucrato mediante tali alienazioni (i).

Sebbene l' erede fiduciario sia obbligato di restituire all' erede fedecommissario quello che gl' impose il testatore, tutta l' eredità, o parte di essa, tuttavia nella restituzione non sono comprese le seguenti cose:

1) tutto quello che al fiduciario non pervenne dall' eredità, ovvero da questa, ma non come ad erede (k);

(e) L. 38. pr. de legat. (32.). *Scaev.* Pater filium heredem praedia alienare, seu pignori ponere prohibuerat, sed conservari liberis ex iustis nuptiis, et ceteris cognatis, fideicommiserat; filius praedia, quae pater obligata reliquerat, dimisso hereditario creditore numis novi creditoris a priore in sequentem creditorem pignoris hypothecaeve nomine transtulit; quaesitum est, an pignus recte contractum esset. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, recte contractum. Idem quaesiit, quum filius praedia hereditaria, ut dimitteret hereditarios creditores, distraxisset, an emtores, qui fideicommissum ignoraverunt, bene emerint. Respondi, secundum ea, quae preponerentur, recte contractum, si non erat aliud in hereditate, unde debitum exsolvisset. — conf. L. 114. §. 14. de legat. (30.).

(f) L. 22. §. 3. h. t. — Ved. not. (h). — confr. L. 7. de legat. (31.).

(g) L. 22. §. 4. h. t. *Ulp.* Quum proponeretur quidam, filiam suam heredem instituisse, et rogasse eam, ut, si sine liberis decessisset, hereditatem Titio restitueret, eaque, dotem marito dedisse certae quantitatis, mox decedens sine liberis, heredem instituisse maritum suum, et quaereretur, an dos detrahi possit, dixi, non posse dici in eversionem fideicommissi factum, quod et mulieris pudicitiae, et patris voto congruebat; quare dicendum est, dotem decedere, ac si, quod superfuisset, rogata esset restituere. Quodsi tantos fructus ex hereditate mulier percepit, ut inde poterit doti satisfieri, dicendum est, potius fructibus hoc expensum ferendum, quam fideicommisso.—Nov. 39. cap. 1.

(h) Nov. 108. cap. 1.— confr. L. 54. h. t.— L. 70. §. 3. L. 71. 72. de legat. (31.).

(i) L. 3. §. 3. h. t. *Cels.* Res, quae ab herede alienatae sunt, in quartam imputentur heredi. — L. 1. 3. §. 2. C. comm. de legat. et fid. (6. 43.).

(k) L. 59. in fin. L. 68. 72. §. 1. h. t. *Paul.* §. 1. Ea, quae dotem dabat, pacta erat cum

2) il prelegato, quelle parti veramente dovute dai coeredi (l);

3) quando solo la sua porzione è obbietto di fedecommesso, egli non è obbligato di restituire quello che ebbe per diritto di accrescimento, eccetto quando fu costretto ad accettare l' eredità (m);

4) i frutti raccolti dal possesso fino al tempo della restituzione o della mora (n).

La restituzione può essere ancora più limitata per volontà di testatore, specialmente quando questi permette all' erede di ritenere certi oggetti (o); o più estesa come rispetto ai frutti, ed a quanto il fiduciario acquista incluso anche il prelegato (p); ma non mai a quello che al legatario pervenne per contratto tra vivi, o per diritto suo proprio (q) (§. 305. num. 4.).

§. 309.

2) Diritti del fiduciario e quarta Trebellianica.

Entrato nell' eredità, il fiduciario ha diritto di amministrarla come proprietario, ed esercitarne i diritti contro chiunque, ed acquista con la separazione il diritto sui frutti.

Oltre a ciò ha diritto di chiedere il rimborso delle spese fatte, e la liberazione dagli obblighi nati con l' accettazione dell' eredità (a).

Come nei legati singolari, così nel fedecommesso universale l' erede

marito, ni mortua se in matrimonio dotis pars matri eius redderelnr, nec eo nomine stipulatio a matre interposita esl; moriens deinde matrem et maritum suum heredem fecerat, et a matre petierat, ut hereditatem Titio restitueret; iudex addictus de hereditate dividenda partem dotis quasi ex utili pacto pro parte matri adindicaverat; quaerebatur, an et ea portio ex causa fideicommissi proestanda sit. Quam non esse restituendam pnto, qnia non quasi heres, sed quasi mater ex pacto accepit, nec occasione hereditatis, sed errore ex pacto eam habnit. — L. 44. §. 4. de cond. et de monst. (35. 1.).

(l) L. 18. §. 3. h. t. *Ulp.* Si legatum sil heredi relictum, et rogatns sil portionem hereditatis reslitnere, id solum non debere eum restituere, qnod a coherede accepit; ceterum quod a semel ipso ei relictnm est, in fideicommissum cadit, et id Divus Marcus decrevit.

(m) L. 43. eod. *Ulp.* Papinianus tractat, si qnis heres institutus ex semisse rogatus sit restituere hereditatem, et eam auspectam dicens compulsns adiit, deinde fideicommissarius ignarus sit, accrevisse portionem hereditatis post, restitutionem scripto heredi, an opus sit ei alia actione. Et ait, securnm esse eum posse; de illo piane loco solo quaerendum ait, an ei opus sit nova reslitutione, posteaquam portio accrevit.

(n) L. 18. pr. §. 2. L. 27. §. 1. eod. *Ulp.* In fideicommissaria hereditatis restitutione constal, non venire fructus, nisi ex mora facta esl, aut qnum quis specialiter fuerit rogatus et frnctns restituere.—confr. not. b.

(o) §. 9. Inst h. t.—L. 18. pr. cit.—Ved. not. prec.—L. 3. §. 4. h. t.—L. 16. C. h. t. (6. 42.).

(p) L. 77. §. 12. de legat. (31.).

(q) Ved. not. preced.

(a) L. 19. §. 2. L. 22. §. 3. L. 36. 69. h. t.— Ved. §. 308. not. (b)— confr. L. 40. §. 1. de cond. ind. (12. 6.). — L. 58-60. de legat. (30.).

fiduciario ha diritto di avere libera la quarta parte dell' eredità, ovvero della sua porzione; e per conseguenza ha, in caso che il fedecommesso sorpassi le tre quarte parti dell' eredità o della porzione ereditaria, la facoltà di diminuire in proporzione il fedecommesso. Questa *quarta* a somiglianza della Falcidia è detta Trebellianica, introdotta prima dal SC. Pegasiano, compresa nel SC. Trebelliano, e qualche volta detta anche nei testi Falcidia (b).

In generale le regole osservate per la sottrazione della quarta Falcidia sono applicabili al fedecommesso universale, per la qualcosa l' erede fiduciario deve imputare nella sua *quarta* tutto quello che lucra dall' eredità come erede (c). Così vi sono imputate:

1) quelle cose che sono escluse dalla restituzione per volontà del testatore, e che appartengono alla sua quota ereditaria (d);

2) la somma che forse il fedecommissario gli deve per corrispettivo (e);

(b) §. 9, Inst. h. t. L. 27. §. 10. L. 64. §. 3. h. t. *Iulian.* §. 10. Qnodsi Maevins te rogaverit, et suam hereditatem, et Titiauam restituere, tuque sponte adieris hereditatem, nteris legia Falcidiae commodo, et partem quartam Maeviauae hereditatia retiuebis, dimidiam et quartam ex fideicommisso restitues, nec intererit, eidem utramqne hereditatem, an aiii Maeviauam, aiii Titianam rogatus fueris restituere. Sed ai anspectam Maevianam hereditatem dixeris, cogeris eam adire, et restituere ei, cui rogatus fueris, is autem, cni Titianam hereditatem restituere rogatus fueris.—*Gai.* Inst. II. 254.

(c) L. 91. ad ieg. Faic. (35. 2.). *Marcian.* In quartam hereditatis, quam per legem Falcidiam herea habere dehet, imputautur res, qnas iure hereditario cspit, non qnas inre legati vel fideicommissi, vei impieudae couditionis causa accipit; nsm hae in qnartam non impntantur. Sed in fideicommissaria hereditate restituenda, aive iegstnm vel fideicommissum datum ait heredi, sive praecipere, vei dedncere, vei retinere iussus est, in quartam id ei imputatur; pro ea vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam, id est, qnod a coherede accipitnr.

(d) §. 9. Inst. h. t.—L. 91. cit.L. 58. §. 3. h. t. *Papinian.* Acceptis centnm, centnm hereditatem rogatns restitnere, totam pecuniam iure Faicidiae percipere videtur; et ita Divi Hadriani Rescriptnm inteliectnm est, tanqnam si ex honis unmos retenturns fuisset. Qnod tunc qnoqne respondeudnm est, qunm pro parte hereditatem coheredi auo restitnere rogatnr. Diversa cansa est praediorum pro hereditaria parte retentornm, qnippe pecunia omnis de portione retiueri potest; prsediorum autem aiia portio non nisi a coherede, qni dominium habet accipitnr. Quum autem praedia maioris pretii, qnam portio hereditatis, essent, in snperfluo praediorum petenti fideicommissario Faicidiam intervenire visnm est; concnrrentem enim pecuniam compensari placuit.

(e) L. 30. §. 7. ad ieg. Faic. (35. 2.). *Maecian.* Tametsi antem legis Faicidiae ratione, qnae conditionis impiendae cansa heredi aunt data, in qnartam non compntautnr, tamen id, quod non figura conditionis acciperc iussus est ah eo, cui hereditatem restitnere rogatua est, Celso et Iuliano noatro piacnit compntari, qnemadmodum ai ea summa heres vendere eas res inssns esset, qnia non conditionis impiendae cansa, sed quodammodo pro pretio inferre snnt iussi. Qno loco amplins quaesitum est, an fideicommissarius qnoqne invitus cogatnr dare eam snmmam, et recipere hereditatem, qnasi et ipsius fideicommissum esset. Sed id verisimile non est, qnnm talis oratio magis ipsius causa, quam contra ipsum posita videatnr.

3) il prezzo delle cose alienate (f);

4) i frutti del fedecommesso dal possesso alla restituzione (g).

Tuttavolta non è imputato nella quarta Trebellianica;

1) quello che l' erede riceve *conditionis implendae causa* (h);

2) il prelegato, quelle parti veramente che gli devono i coeredi, e lo stesso fedecommissario, se è pure erede (i);

3) la porzione legittima riservata al fiduciario.

In forza di questo diritto all' erede fiduciario spettano le azioni tutte concesse per la quarta Falcidia (§. 292).

ANNOTAZIONE

È ancora oggi molto controverso, se l'applicazione dei principii della legge Falcidia al fedecommesso sia perfetta, o vi resti notevole differenza. *Cuiacio* con moltissimi antichi e moderni giureconsulti negano qualunque differenza, opinando che la quarta Trebellianica sia la quarta Falcidia stessa applicata al fedecommesso universale. Altri introducono una distinzione tra le due *quarte*, la quale in generale consiste in ciò, che nella quarta Falcidia bisogna imputare solamente quello che l'erede acquista *titolo hereditario*, nella quarta Trebellianica all' incontro quanto ancora il fiduciario erede lucra *titulo singulari ex iudicio defuncti*.

Ma quelli che mantengono questa seconda opinione non sono concordi tra loro; alcuni vogliono che il fiduciario sia obbligato a computare tutto quello che riceve *ex iudicio defuncti* (l): altri eccettuano dalla restituzione quello che il fiduciario ha ricevuto *conditionis implendae causa* (m), ed altri più larghi accettano che il fiduciario non abbia ad imputare nella *quarta* quello che ha ricevuto *conditionis implendae causa*, senza distinguere se la somma gli fu prestata da un altro coerede, ovvero dallo stesso fedecommissario (n). Rispetto al prelegato alcuni vogliono che tutto dev' essere imputato nella quarta Trebellianica, anche la parte dovuta dai coeredi; altri non fanno a questo proposito distinzione tra la quarta Falcidia e la Trebellianica (o).

Meditando sul carattere del fedecommesso e delle leggi che accomunano a questo istituto la facoltà di sottrarre la *quarta*, si è condotti a riconoscere senz'altro che la Trebellianica non è che l' applicazione della legge Falcidia al fedecommesso.

(f) L. 3. §. 3. h. t. — Ved. §. 308. not. (i).

(g) L. 18. §. 1. 2. L. 22. §. 2. L. 58. §. 5. h. t. Ante diem fideicommissi cedentem fructus et usurae, quas debitores hereditarii, quum postea cessisset dies, solverunt, item mercedes praediorum ab herede perceptae portioni quadrantis imputabuntur. — L. 18. §. 1. ad leg. Falc. (35. 2.). — L. 6. C. h. t. (6. 49.).

(h) L. 30. §. 7. ad leg. Falc. (35. 2.). — Ved. not. (c).

(i) L. 86. eod. L. 24. C. fam. ercisc. (3. 36.).

(l) Ved. *Faber*, coniect. VI. 3-5.—*Lauterbach*, coll. theor. pract. lib. XXXVI. t. 1. §. 30.—*Pfeifer*, de praelegatis §. 23.—*Netelblatt*, prelegati §. 7. 8.—*Bertram*, de rebus singulari titulo relictis in quarta Falcidia imputandis, Heidelb. 1834. §. 1.

(m) *Voet*, ad Pand. XXXVI. tit. 1. §. 48.—*Hofacker*, princ. iur. civ. §. 1538.—*Malblanc*, pr. iur. Rom. §. 768.

(n) *Westphal*, legat. II. §. 1336.

(o) *Donelli*, com. iur. civ. VII. 30. §. 11.—*Thibaut*, sist. 922.—*Puchta*, pand. §. 546. not. h.—*Westphal*, o. c.

E davvero il senatoconsulto Trebelliano considerava il fedecommissario *heredis loco*, scevero quindi da qualunque riduzione; onde avveniva spesso che il fiduciario ripudiava l'eredità che poco o nulla gli fruttava. Il senatoconsulto Pegasiano sancì sempre spettare all'erede fiduciario la quarta parte della quota ereditaria, dovendo il fedecommissario, quando la restituzione superava i tre quarti di questa quota, tenersi non più come *heredis loco*, ma come *legatarii loco:* ed a questo modo fu possibile giuridicamente mettere in atto i principii della legge Falcidia nel fedecommesso universale. Dalla origine della quarta Trebellianica si scorge chiaramente, che non fu fondato un altro principio, ma si cambiò in dati casi il carattere del fedecommissario, reputato per l'innanzi sempre *heredis loco*, e fu sottoposto come un qualunque legatario ai principii della legge Falcidia. Questo concetto è tanto lucido per Gaio, che pare follia contraddirlo (p), in molto leggi delle Pandette si legge apertamente l'intera applicazione della legge Falcidia ai fedecommessi (q), e questo concetto riappare nel linguaggio stesso che non seppe fissare un nome speciale per questa quarta (r).

Se fosse vero che il fiduciario imputa nella sua *quarta* tutto quello che riceve *titulo singulari ex iudicio defuncti*, dovrebbe conferire tutto il prelegato, quella parte ancora che s'impone agli altri coeredi, e questo risultato è contrario a due leggi, variamente interpretate (s).

a) L. 86. ad leg. Falc. *Iulianus:* « Titio testamento suo, Titium fratrem suum, « ex parte tertia heredem instituit, fideique eius commisit, ut hereditatem re« tenta quarta parte Secundae et Proculae restituat; eodem fratri quaedam praedia « praelegavit; quaero, an Titius ea, quae praelegata sunt, etiam pro ea parte here« ditatis, quam rogatus est restituere, an integra retinere debeat? Respondi: Ti« tium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari debere duo« decimam partem praediorum, sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduce« retur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam con« tra sententiam matrisfamiliae lex Falcidia induceretur ». Diverse e singolari interpretazioni si tentarono su questo frammento (t); che non può essere pienamente compreso se non si richiama il diritto anteriore a Giustiniano. In effetti prima di Giustiniano si distingueva se la restituzione del fedecommesso avea luogo *ex SC. Pegasiano*, ovvero *ex SC. Trebelliano*. Il primo decretava che, quando il fedecommesso sorpassasse le tre quarte parti dell'eredità, il fedecommissario dovea essere considerato come un successore singolare; mentre pel SC. Trebelliano non cessava mai di essere successore universale. Ciò premesso, la legge recitata pone: Tizio è istituito erede in una terza parte, e riceve oltre a ciò un fondo come prelegato; quindi è rogato di restituire altrui tutta la sua porzione ereditaria; egli al tempo della restituzione deve imputare un terzo del prelegato nella sua *quarta*, ossia pre-

(p) *Cuiac.* abss. VIII. 4. (ved. op. om. IV. p. 908. 1046. 1232).— *Bach*, de his, quae imputantur in quartam fideicommissariam §. 4. (opusc. n.° 12.).— *Moeller*, de quarta Trebellianica quam vocant, Heidelberg. 1816.—*Lindelof*, archiv. di prat. civ. IV. N.° 30.— *De Pforden*, de praelegatis §. 28. — *Rosshirt*, legati I. pag. 186. — *Mühlenbruch*, III. §. 767. — *Arndts*, pand. §. 584.

(q) *Gai.* Inst. II. §. 254.

(r) L. 27. §. 10. L. 64. §. 3. h. t. (36. 1.).

(s) *Brisson.* de V. sign. ved. Falcidia n.° 3. — *Dicksen*, manuale vad. Falcidia §. 3.

(t) *Westphal*, legat. II. 1833. — *Buchholz*, prelegat. p. 477. 512.

cisamente quella parte che avrebbe dovuto pagare a sè stesso; poichè pel senatoconsulto Pegasiano, secondo cui in questo caso è regolato il fedecommesso, egli rimane sempre erede di un terzo; se al contrario gli fu imposto di restituire l'eredità dopo sottratta la quarta Falcidia, allora egli deve imputare solamente $^1/_{12}$, dappoichè, dovendesi in questo caso restituire *ex SC. Trebelliano*, la parte ereditaria del fiduciario si diminuisce di quanto appunto deve restituire, di guisa che potrà egli reputarsi erede solamente di $^1/_{12}$. Si comprende che bisogna attendere oggi all' ultima decisione, giacchè dopo Giustiniano devesi sempre restituire *ex SC. Trebelliano*. Ma da questa legge si ricava che il fiduciario non è tenuto d' imputare nella sua quarta, che quello che lucra *iure hereditario*.

b) L' altra è la legge 24. C. fam. ercisc. (3. 36.), ch' è un rescritto di Massimiliano, e Diocleziano: « Filium, quem, habentem fundum, portionem hereditatis fra- « tibus et quibusdam aliis sub conditione verbis precariis restituere sanxit testator, « post eius conditionis eventum hereditaria parte praedii in quartae ratione retenta, « compensato praeterea, quod a coheredibus vice mutua percepit, et si quid deest « in supplementum deducto, quod a ceteris in eo fundo solvitur, supra quartam ha- « bens reddere compellitur ». Questa legge, che *Cujacio* stesso chiama la più difficile di tutto il Codice, è stata anche diversamente interpretata (u); la migliore interpretazione sembra quella appunto di questo giureconsulto tolosano. Egli distingue i seguenti casi. Alcuno muore lasciando un patrimonio di 700, istituisce eredi 7 persone, tre figli e quattro estranei; all' un dei figli lascia un prelegato del valore di 28, ma nel medesimo tempo gl'impone di restituire la porzione ereditaria agli altri due fratelli, e a due degli estranei. Come questo figlio possa dedurre la *quarta* è la regola contenuta nella legge citata. L'erede fiduciario prelegatario, dovendo restituire la sua porzione ossia 100 agli altri quattro, deve conservarne libero il quarto ossia 25; ma poichè sulla sua porzione pesa il settimo del prelegato ossia 4, e questo va imputato nella sua quarta, e poichè egli fa compensazione rispetto ai fedecommessarii dei 16 che costoro gli doveano come *mutuum legatum*, (4 di prelegato per ognuno, (*compensato praeterea, quod a coheredibus vice mutua percepit*), gli resta a conseguire per compiere la quarta altri 5, e di tanto riduce il fedecommesso ai quattro fedecommessarii (*si quid deest in supplemento deducto*), conservando inoltre liberamente a sè gli 8 del prelegatario che riceve dagli altri due eredi, non fedecommessarii (*quod a ceteris in eo fundo solvitur supra quartam habens*) (v). Anche da questa legge adunque si rileva che il fiduciario non deve altro computare del prelegato nella sua *quarta Trebellianica*, che quello che deve a sè stesso, ossia quello che lucra *iure hereditario*.

Inoltre chi mantiene la distinzione tra le due *quarte*, per essere conseguente dovrebbe ammettere che il fiduciario sia obbligato ad imputare nella sua *quarta* anche quello che riceve *conditionis implendae causa*; ma questo è apertamente contraddetto dalla legge 30. §. 7. ad leg. Falc.

Nondimeno si noti una specialità. È regola generale che l'erede fiduciario debba imputare nella sua *quarta* ciò che lo stesso testatore escluse dalla restituzione. Ora

(u) *Schacher* de rescripto Diocl. et Maxim. in L. 24. C. fam. herc. Lips. 1770. §. 2. — *Buchholtz*, o. c. p. 647.

(v) *Cuiac.* op. omn. IV. pag. 908. 1046. — *Moeller* cit. §. 11.— *De Pforden*, o. c. §. 33. p. 106.

queste cose si acquistano esse per diritto ereditario, ovvero *iure singulari* ? Ecco una grande difficoltà.

A primo aspetto sembra che l' erede le acquisti *iure hereditario*, e l' imputazione di esse concorderebbe coi principii stabiliti. Senonchè maturando le idee, si giunge al resultato differente, che esse sono dall' erede fiduciario acquistate *iure singulari;* e ciò significherebbe una notevole differenza tra la Falcidia e la quarta Trebellianica.

L'opinione, che le cose escluse dal fedecommesso siano acquistate *iure hereditario*, discorre così: queste cose fin dal principio sono già nella porzione ereditaria del fiduciario, e però venuto il momento della restituzione, conserva sempre nella sua porzione ereditaria le cose eccettuate, e restituisce il resto, nè cambia di titolo il suo possesso. Tutto ciò sarebbe vero quante volte fosse imposto al fiduciario di restituire appunto quest' avanzo, ma al contrario egli deve restituire tutta l' eredità, o tutta la porzione ereditaria, nè altrimenti potrebbe essere di un fedecommesso universale, poichè la restituzione di un avanzo sarebbe sempre un fedecommesso singolare incapace di trasmettere le *actiones hereditariae.*

Piuttosto il ragionamento va fatto così: l'erede fiduciario deve restituire, tutta la sua quota ereditaria, ne riceve in cambio dal fedecommessario come un fedecommesso singolare quelle cose eccettuate, che egli senz'altro ritiene nel restituire ma sempre *titulo singulari*, come se le ricevesse di poi dal fedecommessario.

In diritto poi l'imputazione di queste cose, sebbene lucrate *titulo singulari*, è giustificata dall'idea che il testatore invece di far ridurre il fedecommesso all'erede, può prendere in favore di lui tali disposizioni che gli assicurino quanto appunto ritrarrebbe egli esercitando il diritto della quarta Trebellianica; è del tutto indifferente quale sia la forma del disporre, se tra vivi o *mortis causa*, se *titulo singulari* o *universali* (vv). Non certo una qualunque disposizione in favore dell' erede è da presumere a quest'intento, senza chiara volontà del testatore: ma quando nella istituzione di un fedecommesso il testatore ha messo l' obbligo alla restituzione , *retenta* o *praecepta re*, l'espressione è sufficiente a desumerne che questa cosa fu dal testatore concessa all'erede fiduciario per farla imputare nella quarta Trebellianica, come per aperto comando (v).

In conchiusione si può affermare non esservi distinzione di sorta alcuna tra la quarta Falcidia e la Trebellianica, e che questa singolarità della Trebellianica non abilita punto a conchiudere che il fiduciario sia obbligato ad imputare nella sua *quarta* quello che riceve *titulo singulari*, posciachè nasce da condizioni speciali che è impossibile incontrare nei legati e fedecommessi singolari (x).

Ma la controversia si rinnova acremente per un passo di Marciano, la leg. 91. ad leg. Falcidiam. Il giurista romano così si esprime: « In quartam hereditatis, « quam per legem Falcidiam heres habere debet, imputantur res, quas iure here- « ditario capit, non quas iure legati, vel fideicommissi, vel implendae conditionis « causa accipit, nam hae in quartam non imputantur. Sed in fideicommissaria here- « ditate restituenda, sive legatum vel fideicommissum datum sit heredi, sive prae- « cipere, vel deducere, vel retinere iussus est, in quartam id ei imputatur, pro ea

(vv) Confr. L. 56. §. ult. L. 75. 90. h. t.—L. 11. C. h. t.
(v) Confr. L. 58. §. 3. 93. h. t.—L. 77. de legat. (31).
(x) Ved. le note nell'ediz. di *Feb. Spangebrg*, ad h. t. Bas. XLI. 91. tom. V. n. 398.

« vero parte, quam accepit a coherede, extra quartam, id est, quod a coherede accipi-
« tur. Sed etsi accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit, id quod accipit,
« in quartam ei imputatur, ut D. Pius constituit. *Sed et quod implendae conditionis
« causa fideicommissum heredi datur, in eadem causa esse admittendum, scien-
« dum est;* si quid vero implendae conditionis heres accipiat a legatariis, in Falcidiae
« computationem non prodesse, et ideo si centum praedium legaverit defunctus, si
« quinquaginta heredi legatarius dederit, centum legatis computationem fieri, et
« quinquaginta extra hereditatem habere, ne in quartam ei imputentur». La difficoltà più seria che presenta questa legge è per le parole poste in corsivo, cioè che il fiduciario deve imputare nella sua quarta tutto quello che riceve dal fedecommissario *conditionis implendae causa*, onde Marciano rovescia così la teoria della leg. 30. §. 7. *ad leg. Falcidiam.* Quanti tentativi sono stati fatti per interpretare convenientemente questo frammento sono riusciti inutili. Non è improbabile esser stato il frammento alterato, nè mancano argomenti di qualche peso; ed è anzi certo che mancano quelle parole completamente nell'antico manoscritto fiorentino: certa l'alterazione del testo, sarebbe a vedere se è genuino il manoscritto dal quale fu tolta la legge. Confrontando quest'ultimo con le Basiliche si scorge la medesima mancanza e l'opinione che il manoscritto fiorentino sia solo verace acquista più autorità (y); nè togliendo quelle parole si altera la costruzione del pensiero, imperocchè le parole *si quid vero impl. cond. etc.* fanno benissimo seguito al caso: *Sed etsi accepta pecunia etc.* (z). Tolta questa difficoltà, il resto della legge non è contrario ai principii stabiliti, quantunque da Marciano si dica che il fiduciario debba ancora imputare nella sua *quarta* ciò che riceve per legato o fedecommesso singolare; ma innanzi egli stesso distingue che non è obbligato ad imputare se non quella parte del legato e del fedecommesso, che deve a sè stesso, e non quello che riceve dagli altri coeredi.

§. 310.

III. Conseguenze della restituzione.

In seguito alla restituzione dell'eredità, obbietto del fedecommesso universale, il fedecommessario è considerato come erede, assolutamente, se ricevette per volontà del testatore intera l'eredità, parzialmente, se l'obbietto della restituzione n'è una parte sola, sia per intenzione del testatore, sia per riduzione della quarta Trebellianica (a).

In qualunque modo diventi egli in tutto o in parte proprietario delle cose ereditarie, subentra in tutti i diritti e obblighi della successione: onde a lui spettano utilmente tutte le azioni ereditarie e le potrà dirigere anche contro lo stesso fiduciario, se questi fosse debitore del defunto; in generale per tutta l'eredità, o porzione ereditaria potrà esercitare la *fideicommissaria hereditatis petitio* (b). Dall'altra parte come ogni altro erede può

(y) Ved. *Cuiac.* cit. *Moeller* cit. *de Pforden* cit. pag. 100.

(z) *Vangerow*, o. c. §. 536.—*Arndts*, §. 584. ved.—*Puchta*, Pand. §. 546. rect. §. 546. not. 3.

(a) §. 4. 7. Inst. h. t. (2. 23.).

(b) L. 27. §. 11. L. 63. h. t. T. D. de fideicom. hered. pet. (5. 6.).

essere convenuto per gli obblighi della eredità. Insomma, avvenuta la restituzione di tutta la eredità, il fiduciario cessa di esser detto erede; ed in caso di restituzione parziale, il fiduciario sarà considerato come coerede del fedecommissario, originandosi così tra loro vicendevolmente i diritti e gli obblighi de' coeredi (c).

Se il fiduciario per mezzo delle cose ritenute o per sottrazione ha ricevuta la sua quarta Trebellianica, il fedecommissario entra in sua vece come successore universale, e il fiduciario in questo caso prende il posto di un legatario (d).

Se il fiduciario ha restituito più di quanto voleva il testatore, circa all'eccesso varrà come venditore dell'eredità. La restituzione fatta prima del tempo stabilito, non avrà questi effetti, ma giunto il tempo o avvenuta la condizione, se è ratificata, gli effetti se ne retrotraggono al punto dell'effettiva restituzione (e). Del resto se il fiduciario non dichiara la restituzione medesima o muore senza successori, viene riconosciuta tacitamente la restituzione dell'eredità con tutte le sue conseguenze (f).

Le sostanze sottoposte a fedecommesso possono essere oberate di legati. In questo caso:

1) Quando la restituzione è parziale, sicchè il fiduciario resta erede anche dopo, i legati sono sopportati da entrambi in proporzione delle quote: ma la quarta Trebellianica non dev'essere toccata, di guisa che se la porzione dei legati spettante all' erede supera la *quarta*, egli ha il diritto alla riduzione.

2) Quando l' erede deve restituire intera l'eredità, è diverso il caso se il testatore ha determinato o no chi deve sopportare i legati.

a) E di vero dicendo il testatore i legati essere a carico dell'erede (g), questi è gravato doppiamente, dovendo soddisfare i legatarii e restituire tutta quanta l'eredità. Per la qual cosa egli ridurrà del suo quarto nel medesimo tempo i legati e il fedecommesso universale. Se al contrario il testatore detto avesse: l' erede, *deductis legatis*, restituirà l'eredità, ha implicitamente diminuito il fedecommesso universale, giacchè sua intenzione è che il fedecommesso sia di quel che avanza pagati i legati. Posto il caso che l' asse ereditario fosse di 400, il testatore ha disposto 300 per legati ed ha soggiunto, che l' erede, *deductis legatis*, restituisse l' eredità a Sempronio: bisogna dire che l'erede deve 300 ai legatarii e cento a Sempronio fedecommissario, ma poichè egli veramente non restituisce che tre

(c) L. 27. §. 11. cit.
(d) §. 9. Inst. h. t. — L. 63. §. 3. h. t.
(e) L. 10. L. 63. §. 3. h. t.
(f) L. 7. §. 1. C. h. t. (6. 49.).
(g) L. 3. pr. h. t.

quarti ossia 300, paga 225 ai legatarii e 75 all'erede fedecommessario (h).

Lo stesso risultato si avrebbe se il testatore avesse imposto espressamente al fedecommessario l' obbligo dei legati (i).

b) Mancando l' assegnazione del testatore, si terrà come suo proposito di averne voluto gravare il fedecommessario, ed il risultato sarebbe conforme ai due casi precedenti (k).

2) Può avvenire che l' erede non sottrae la *quarta* ed allora, se i legati sono stati espressamente a lui ingiunti, la *quarta* che avrebbe dovuto sottrarre, va in vantaggio comune del fedecommessario e del legatario: se al contrario fu incaricato espressamente il fedecommessario, ovvero il testatore non ha espresso alcuna volontà, la *quarta*, che l'erede avrebbe dovuto sottrarre, va in vantaggio esclusivo de' legatarii, del fedecommessario poi sol quando il pagamento dei legati non l' abbia esaurita (l). In caso che l' erede sia stato costretto ad accettare l'eredità, per regola i legatarii non ne hanno vantaggio, ma ricevono quanto resterebbe sottratta la *quarta* (m).

3) Quando il fiduciario restituisce l' eredità, conservando determinate cose, il fedecommessario ha l'obbligo di pagare i legati da quello che gli torna: i legatarii che ricevono di meno, hanno un regresso contro il fiduciario, purchè a costui si mantenga la *quarta*.

4) Quando il fiduciario non deve restituire tutta l' eredità e rimane ancora erede per un quarto o meno, si avrà il risultato precedente che a'tre quarti tornati al fedecommessario debbono attenersi i legatarii, giacchè il quarto conservato dall' erede è per essi intangibile (n).

(h) L. 2. h. t. confr. L. 3. §. 2. L. 16. §. 8. eod.

(i) L. 43. §. 3. de cond. et demonstr. (35. 1.). — L. 34. §. 4. ad leg. Falc. (35. 2.). — L. 5. si cui plus (35. 3.). — L. 63. §. 2. h. t.

(k) L. 2. h. t.

(l) L. 8. C. h. t.

(m) L. 2. fin. L. 3. pr. L. 63. §. 11. h. t. L. §. 17. 21. h. t. confr. L. 9. Inst. h. t.

(n) Ved. *Wangerow*, o. e. §. 559. — *Arndts*, §. 586. — *Puchta*, pand. §. 557. Prestazioni ad h. t. in contr. — *Mühlenbruch*, §. 763. not. 15. — *Faber*, err. pragm. 10.

SEZIONE III.

Delle donazioni mortis causa.

T. D. de mortis causa donationibus (39. 6.); — C. de donationibus mortis causa (8. 57.). — *Müller*, sul carattere delle donazioni mortis causa, *Giessen* 1824. — *Festar*, de mortis causa donatione, Heidelb. 1841. — *Savigny*, sist. IV. §. 170.

§. 311.

I. Concetto di questa donazione.

Sebbene la *mortis causa donatio* sia un atto di liberalità, da cui risulta, non altrimenti che per donazione tra vivi, l'immediato accrescimento di proprietà da parte del donatario, ha pure molta tinta di legato, perchè non ha perfezione che dopo la morte del donatore. Essa può dipendere così dal pericolo di vita, come dalla morte del donatore (a).

Da questa natura bifronte della donazione per causa di morte nascono i seguenti principii:

1) L'aumento del patrimonio, che le è conseguente, deve esser prodotto dallo stesso donatore, e non dedursi dall' eredità, ***praesens praesenti dat***; onde:

a) Se il contenuto è una proprietà (*hoc sensu*) si presuppongono come già operate la mancipazione, la *in iure cessio* secondo il diritto antico e la tradizione generalmente richiesta dal diritto posteriore per aversi un aumento di patrimonio. Che se si trasferisce la cosa condizionatamente, cioè che la proprietà deve passare al momento della morte del donante, alla morte la proprietà sarà trasmessa, ma il fondamento starà nella tradizione già avvenuta (b).

b) Se il contenuto sarà un diritto di obbligazione, in guisa che la obbligazione è costituita dalla promessa (c), è vero che la *exatio* non ha effetto se non dopo la morte del donatore, ma l' accrescimento di patrimonio avviene di subito, dappoichè l' obbligazione fondata da una simile stipulazione non prende origine nella persona dell'erede, ma si rappresenta come qualunque debito dell' eredità (d). Da ciò si rileva che la regola che niuno può promettere per dopo la sua morte non riguarda una simile donazione *mortis causa* (e). La donazione può farsi ancora per mezzo di una

(a) L. 1. pr. L. 2-6. 31. §. 2. L. 35. §. 2-4. h. t — confr. L. 27. eod.
(b) L. 2. fin. L. 2P. h. t.
(c) L. 31. 35. §. 7. h. t.—L. 76. de inr. dot. (23.3.).—L. 4. §. 1. de doli mal. erc. (44. 4.).
(d) Confr. L. 34. h. t.
(e) Ved. Husse, Museo del Reno II. pag. 324.—in contr. *Savigny*, l. c. pag. 249.

cessione o delegazione, ovvero estinguendo un debito del donatario per mezzo di un *acceptilatio* o di un *pactum de non petendo,* ovvero col delegare sè stesso o il proprio debitore al creditore del donatario (f).

c) Contenuto della donazione può essere ancora tutto il patrimonio o una parte, sia che tutte le cose comprese in quel tutto sono trasferite al donatario, sia che la stipulazione si estenda (g).

2) La donazione fatta per causa della morte preveduta in un rischio addiviene irrevocabile per la morte del donatore (h): onde si risolve appena quel pericolo è passato (i), quando il donatario muore prima del donante (k), e quando si rivoca per pentimento. Se al contrario la donazione fu fatta considerando il tempo della morte in generale sarà rivocabile solamente per i due ultimi motivi. Per patto si possono alterare queste regole, è permesso stabilire che la donazione si possa rivocare per solo pentimento, o che non si revoca neppure quando il donatore è salvo dal pericolo (l); senonchè la morte antecedente del donatario è sempre motivo di nullità.

3) Revocata in qualunque modo la donazione, il donatore ha una *vindicatio,* quando le cose furono trasferite ed esistono, indipendentemente se le cose furono date sotto condizione sospensiva o risolutiva (m); in generale gli è concessa una *condictio* (n). Con la restituzione della cosa al donatore bisogna restituire i frutti raccolti, quantevolte non si provi che vi era una *donatio inter vivos* (o).

§. 312.

II. Dell' applicazione della teoria dei legati alla donazione per causa di morte.

Le donazioni per causa di morte, le quali nel loro carattere sono vere donazioni, sono in molti punti agguagliate ai legati.

1) Per mezzo di determinazioni speciali, come:

(f) L. 18. §. 1. L. 28. 31. §. 1. h. t.—L. 15. pr. ad leg. Falc. (35. 2.).
(g) Fragm. Vat. §. 263.—L. 42. h. t.
(h) L. 27. 32. h. t.
(i) L. 19. 24. 35. §. 3. L, 39. h. t.—§. 1. Inst. de donat. (2. 7.).
(k) L. 13. §. 1. L. 35. §. 4. L. 44. h. t.—§. 1. Inst. cit.
(l) L. 16. 30. h. t.—§. 1. Inst. cit. *Paul.* recept. sent. III. 7. §. 2.
(m) L. 13. §. 1. L. 35. §. 4. h. t.—Nov. 87.
(n) L. 29. h. t.
(o) L. 13. pr. 19. fin. L. 23. 30. 35. §. 3. h. t. — L. 12. de cond. causa data (12. 4.). — L. 38. §. 3. de usur. (22. 1.). — L. 52. §. 1. de dom. inter. vir. et ux. (24. 1.).
(p) L. 12. de cond. caus. data (12. 4.).—L. 38. §. 3. de usur. (22. 1.).—confr. L. 14. h. t.

a) Le leggi Furia e Voconia si estendevano ancora a simili donazioni (a).

b) Un senatoconsulto accomunò le determinazioni della legge Giulia e Papia Poppea sulle capacità anche alle donazioni (b).

c) Una costituzione di Settimio Severo condusse queste donazioni *mortis causa* sotto le regole della Falcidia (c).

d) Finalmente Giustiniano introdusse nelle donazioni per causa di morte il diritto di accrescimento e la cauzione Muciana (d).

2) Per applicazione dei principii di tutte queste leggi speciali in altri casi:

a) Nell'insolvenza del donante, i suoi creditori hanno diritto d'impugnare la donazione, senza essere obbligati di provarne il dolo, come nelle donazioni *inter vivos* (e).

b) Lo stesso si dica, se per mezzo di una simile donazione fu menomata la porzione legittima del patrono (f).

c) Le medesime regole dei legati in caso di *bon. poss. contra tabulas*, imperano anche sulle donazioni per causa di morte (g).

d) Le donazioni come i legati vengono annullate a causa di pena capitale (h).

e) L'obbligo dell'usufruttuario di prestare cauzione fu *ad exemplum legatorum* esteso ancora alle *mortis causa donationes* (i).

f) Lo stesso avvenne per l'inefficacia della *conditio iurisiurandi* a simiglianza degli atti di ultima volontà (k).

g) La facoltà data al figlio di famiglia militare di testare del suo peculio *castrense* e *quasi castrense*, valse ancora a donare per causa di morte (l).

(h) Il donante può anche imporre un fedecommesso (m).

Nondimeno errerebbe chi volesse assolutamente confondere la natura giuridica di questa donazione con quella dei legati; piuttosto deve in-

(a) *Gai*. Inst. II. §. 225. 226. IV. §. 23. — *Ulp*. fragm. I. 2.

(b) L. 35. h. t. — confr. L. 9. cod.

(c) L. 2. C. h. t. — L. 5. C. ad leg. Falc. (6. 50.). — conf. L. 42. §. 1. h. t.

(d) L. 4. C. h. t. — L. un. §. 14. C. de cod. toll. (6. 51.). — Nov. 22. c. 14.

(e) L. 17. h. t.

(f) L. 1. §. 1. si quid in fraud. patr. (38. 5.).

(g) L. 3. pr. L. 3. pr. §. 7. L. 20. pr. de legat. praest. (37. 5.).

(h) L. 7. pr. h. t. L. 32. §. 7. de donat inter vir. et uxor. (24. 1.).

(i) L. 1. §. 2. usufr. quemadm. caveat. (7. 9.).

(k) L. 8. §. 3. de cond. inst. (28. 7.).

(l) L. 15. h. t.

(m) L. 11. de dote praeleg. (33. 4.). — L. 77. §. 1. de legat. (31.) — L. 1. C. h. t. L. un. §. 8. de cad. toll. (6. 51.).

tendersi che quelle leggi sieno state applicate alla donazione ad esempio dei legati. Di fatti la *mortis causa donatio* è un istituto perfettamente estraneo alla eredità ed origina una successione immediata; onde nessuna indagine di *testamenti factio activa* e *passiva*: inutile affatto di conoscere la persona dell' erede; anzi ove nei legati non succede acquisto di proprietà sulle cose legate prima che l' erede non entri nell'eredità, il donatario diventa incontanente proprietario al punto della morte del donante; dippiù con la *querela inofficiosi testamenti* si distruggono i legati, ma non simili donazioni (n), nè per queste può esercitarsi l' *interdictum quod legatorum* (o).

Circa alla forma la donazione per causa di morte non è diversa dalle altre donazioni, solamente in un punto Giustiniano sancì una differenza. Non debbono rescindersi le donazioni per causa di morte, quando sorpassino la somma di 500 solidi, ma in vece è prescritta la presenza di cinque testimoni, necessarii per la legge di Giustiniano sol quando si tratta di una donazione, il cui contenuto avanza 500 solidi (p).

CAPITOLO V.

BONA VACANTIA ET EREPTORIA.

§. 313.

I. Dei beni vacanti.

T. C. de bonis vacantibus et de incorporatione (10. 10.). — *Maier*, della successione del fisco, Ulma 1784. — *Schmidt*, de successione fisci in bona vacantia ex iure rom. Ien. 1836. — *Rummel*, la relazione del fisco coi beni vacanti. *Dorp.* 1840.

Quando taluno muore senza eredi, per massima i suoi beni che niuno può rappresentare, e per conseguenza chiamati vacanti, sono devoluti al fisco: il quale entra pure in successione quando vi sono eredi, cui fosse inibito di ereditare oltre una certa parte, poichè il fisco prende l'avanzo (a), e quando per restituzione in intero contro l' accettazione dell' eredità i beni ritornano vacanti (b) (§. 229).

(n) L. 5. §. 17. de his, quae ut ind. (34. 9.).
(o) L. 1. §. 5. quod legat. (43. 3.).
(p) L. 4. C. h. t.
(a) L. 4. 5. C. h. t. Nov. 89. cap. 12. §. 4.
(b) L. 2. de succ. edicto (38. 9.). — Ved. *Vangerow*, §. 564. — *Blume*, Mus. del Reno IV. 6.

§. 314.

II. Bona ereptoria.

T. D. de his, quae ut indignis auferuntur (34.9.).—C. de his, quibus ut indignis hereditates auferuntur et ad SC. Silanianum (6. 35.).

I. Un fatto giuridico analogo alla successione segue per colui, sia il fisco od altri, cui è devoluta l'eredità o la quota ereditaria tolta altrui per indegnità, eccetto per chi in mancanza dell'indegno sarebbe stato chiamato alla successione, poichè a lui ricade una vera successione (a). Colui che riceve tutta l'eredità tolta all'indegno piglia la medesima come un erede, ovvero come un coerede se ha ricevuto una parte sola della successione, e come l'erede esercita un'azione universale simile all' *hereditatis petitio* (b).

L' *ereptio* presuppone assolutamente la delazione del diritto ereditario, rispetto al legato, l'acquisto di esso: non si prescinde affatto dall' acquisto dell'eredità da parte dell'indegno, ma non è un requisito dell' *ereptio*, e perciò se per mezzo della confusione compiuta con l'acquisto vi fu un pregiudizio per l'indegno, la confusione rimane sempre (c).

L' *ereptorium* passa all' *ereptor* così come era presso l'indegno, ossia con tutti i pesi e con i frutti (d).

II. I casi d'indegnità possono concernere tanto la eredità insieme ed i legati, quanto la sola eredità o i soli legati; ed in questi casi alcune volte i *bona ereptoria* sono devoluti al fisco, altre volte sono devoluti ad altre persone.

I casi d'indegnità che concernono i legati insieme e l'eredità, nei quali l' *ereptorium* è devoluto al fisco sono i seguenti:

a) A quell' incapace, cui durante la vita del testatore altri ha impegno di soddisfare un legato, se rimasto tuttora incapace alla morte del testatore, subentra il fisco in modo che l'erede non può neppure sottrarre la quarta Falcidia (e).

b) Colui che usa violenza al testatore, affinchè facesse o cambiasse il testamento, perde il suo diritto ereditario in favore del fisco (§. 231.).

(a) L. 16. §. 2. h. t.—L. 2. §. 47. ad SC. Tertull. (38. 17.).

(b) L. 20. §. 6. 7. de her. petit. (5. 3.).

(c) L. 8. 17. 18. §. 1. L. 25. §. 1. h. t.—L. un. §. 12. C. de cad. toll. (6. 51.).

(d) L. 3. §. 4. L. 11. 14. L. 43. de iur. fisci (49. 14.). — L. 5. §. 4. L. 12. 16. §. 2. L. 17. 18. pr. §. 1. h. t.—L. 3. §. 5. ad SC. Trebell. (36.1.).—L. 60. §. 1. de cond. et demonst. (35. 1.).

(e) L. 10. 11. 18. pr. §. 1. L. 23. h. t.—L. 17. §. 2. de usufr. (22. 1.).—L. 3. pr. §. 1-4. de iure fisci (49. 14.). — L. 59. §. 1. ad leg. Falc. (35. 2.).

c) Indegno di ereditare è ancora quell' erede che trascura di vendicare un assassinio (f).

d) È fra gl' indegni l' erede o il legatario che ha ucciso il testatore o ebbe colpa alla morte di lui (g).

e) Così colui che contro al testatore elevò una *controversia status* (h).

f) Lo stesso si dica chi abbia disposto per donazione dell' eredità del testatore contro la volontà o anche senza la saputa di costui (i).

g) Chi ha querelato il testamento come inofficioso o come falso, e persistito nella lite fino alla definitiva sentenza, se perde nel giudizio è spogliato anche di quanto in qualunque modo fosse lasciato a lui in un simile testamento; il che è devoluto al fisco. Questa pena colpisce anche coloro i quali non sono propriamente attori nella lite, ma sono presso l' attore in qualità di garanti, di testimoni ecc. (k): senonchè i minori vengono perdonati, specialmente quando la controversia fu ventilata dal tutore e curatore (l). Nè è riconosciuta questa pena per quelli che non si rendono accusatori in proprio nome, ma in nome altrui, specialmente per cagione di ufficio o professione (m): nè quando l' erede o il legatario solo in qualità di erede di altra persona continua la controversia (n).

h) Così è devoluto al fisco tutto ciò che è disposto in favore di colui che senza effetto ha chiesta la *bonorum possessio contra tabulas* (o).

i) Di due persone che vivono in un matrimonio vietato, se l'una lascia qualche cosa all' altra, ad essa è tolta e data al fisco (p).

k) Una donna che vive in commercio immorale con un uomo perde in favore del fisco tutto quello, che le vien lasciato, anche se per testamento militare (q).

1) L'eredità o il legato tolto all'indegno è devoluto a persone diverse dal fisco nei seguenti casi:

a) Colui il quale è stato ricordato nel testamento affinchè accettasse la tutela, in caso che allega motivi di scusa, perde quello che il testatore gli ha lasciato in favore di colui che l' avrebbe sin dapprima raccolto (r).

(f) L. 21. h. t. L. 5. §. 2. L. 15. ad SC. Silan. (29.5.).—L. 1. 7.9. C.h. t.confr.—L. 6.C. eod.
(g) L. 3. h. t. L. 7. §. 4. de bon. damn. (48. 20.). — L. 10 C. h. t.
(h) L. 9. §. 2. h. t.
(i) L. 2. §. ult. h. t. L. 29. §. ult.—L. 30. de donat. (39. 5.).
(k) L. 8. §. 14. L. 22. §. 2. 3. de inoff. test. (5. 2.). — L. 5. pr. §. 1. 10. 11. L. 7. 15. 22. h. t.—L. 13. §. 9. L. 29. §. 1. de iure fisc. (49. 14.).
(l) L. 5. §. 9. h. t.
(m) Confr. L. 5. §. 13. L. 22. h. t.—L. 30. §. 1 de inoff. test. (5. 2.).
(n) L. 22. §. 2. 3. de inoff. test. (5. 2.).
(o) L. 2. pr. h. t.—L. 18. §. 1. de bon. poss. contr. tab. (37. 4.).
(p) L. 4. C. de inc. nupt. (5.5.).—confr.L.2. §. 1. 2. L. 13. h. t.—L. 128. de legat. (30.).
(q) L. 41. §. 1. de test. mil. (29. 1.). — L. 14. h. t.
(r) L. 28. §. 1. L. 32-36. §. 1. de excus. (27. 1.). — L. 5. §. 2. h. t. L. 25. fin. C. de le-

b) Quando qualcuno è stato favorito nel testamento per riguardo all'obbligazione affidatagli di aver cura de'funerali del testatore, egli deve perdere tutto, quando si scusa di non poter adempiere ad un tale obbligo (s).

c) Finalmente quell'erede o legatario che non adempie al modo sotto cui fu istituito, è privato della sua porzione o del legato in favore di altre persone determinante dalla legge (t).

2) I casi d' indegnità riferibili unicamente all' eredità la quale è devoluta al fisco sono:

a) La sottrazione di qualche cosa dall' eredità in pregiudizio del legatario, fa perdere all' erede il diritto sulla quarta che viene invece esercitato dal fisco. Così colui il quale lega tutto il suo patrimonio che importa 400, e l' erede ne trafuga 100, solo i 300 che ne rimangono sono governati dal diritto comune cioè l' erede ne toglie la sua quarta Falcidia ossia 75, e dà il resto al legatario; ma dei cento trafugati il legatario ne ha pure tre quarti, ed il quarto che spetterebbe all' erede, è devoluto al fisco (u).

b) Di chiunque sia stato istituito sotto la putativa qualità di figlio di famiglia, e più tardi si prova, ch' è semplicemente supposto, il fisco subentra in tutte le ragioni (w).

c) Quando il testatore cancella il nome di un erede scritto nel testamento, o quando in seguito fa un altro testamento per sè nullo, nel quale non ripete gli eredi scritti nel testamento anteriore; ovvero quando in un codicillo dichiara indegni gli eredi istituiti in un testamento; per tali mezzi non seguirà certo un' *ademtio hereditatis*, ma il fisco può impossessarsi della porzione dell' erede (v).

La porzione dell' indegno è devoluta ad altre persone:

a) Quando colui che deve provvedere di un tutore il pupillo, ne trascura per un anno la domanda (x).

Questa pena non è applicata quando il pupillo non ha beni, quando il non avere un tutore è in vantaggio del suo patrimonio, quando il pupillo è morto dopo ch' avea idoneità di testare, quando gravi ostacoli hanno impossibilitata la domanda, e finalmente quando chi ha l' obbligo di domandare il tutore è esso stesso un minore (y).

gat. (6. 37.).—confr. L. 28. §. 1. de excus. (27. 1.), in analogia di questo caso confr. L. 1. §. 3. ubi pupill. edun. (27. 2.).

(s) L. 12. §. 4. de relig. (11. 7.).

(t) Nov. 1.

(u) L. 6. h. t.

(w) L. 46. pr. de iure fisci (49. 14.).

(v) L. 3. de his, quae in test. (28. 4.). — L. 12. 16. §. 2. h. t. — L. 4. C. h. t.

(x) L. 2. §. 1. 2. qui petant. tut. (26. 6.). — L. 2. §. 23. seqq. ad SC. Tertull. (38. 17.). — L. 10. C. de legit. hered. (6. 58.).

(y) L. 2 §. 26. 27. 45-46. ad SC. Tertull. (38. 17.). — L. 3. C. ad SC. Tertull. (6. 56.). — L. 8. C. qui pet. tut. (5. 31.). — L. 2. C. si advers. delict. (9. 35.).

b) Quando una donna, la quale era tutrice di suo figlio passa a seconde nozze, senza determinare un altro tutore, dare i conti, e restituire il patrimonio, ella perde il diritto all' eredità *ab intestato* o di altra successione pupillare in favore dei più prossimi eredi (z).

c) I più prossimi parenti i quali quantunque pregati di curarlo, trascurarono un demente, sono privati di succedergli in favore di chi n'ebbe cura (aa).

d) Quando l' erede non redime il testatore dalla schiavitù, e fa morirlo nello stato di schiavo, perde l' eredità come indegno, la quale è devoluta alla chiesa del luogo di nascita del defunto. Affinchè questa pena fosse inflitta, bisogna che l'erede abbia almeno 18 anni, e contezza del suo diritto ereditario (bb).

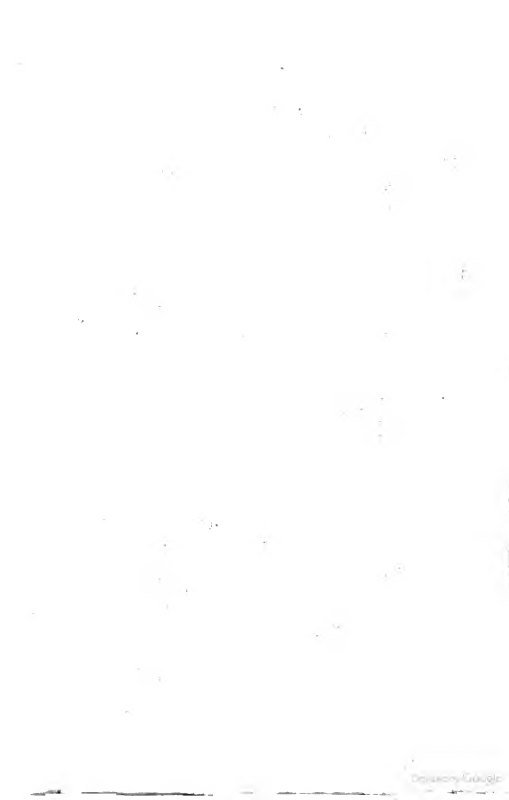
3) In fine i casi d'indegnità riferibili unicamente ai legatarii sono due:

a) Quando il legatario ha trafugate cose dall'eredità, sino al prezzo di esse gli sono tolte le azioni de' legati (cc).

b) Le disposizioni favorevoli al legatario che ha nascosto il testamento, sono annullate in vantaggio di chi era tenuto di soddisfarle (dd).

(z) L. 6. C. ad SC. Tertull. (6. 56.).
(aa) Nov. 15. c. 3. §. 12.
(bb) Nov. 115. c. 3. §. 13. c. 4. §. 7.
(cc) L. 48. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 5. C. de legat. (6. 37.).
(dd) L. 25. C. de legat. (6. 37.).

FINE DELLA PARTE TERZA.

PARTE QUARTA

LIBRO V.

Diritti di obbligazione.

CAPITOLO I.

CARATTERE GIURIDICO DELLE OBBLIGAZIONI.

§. 315.

I. Concetto della obbligazione.

T. Inst. de obligationibus (3. 13);—D. de obligationibus et actionibus (44. 7.),— C. b. t.

1) Dicesi obbligazione quel vincolo di diritto che sottopone a taluno un'azione od un fatto di una determinata persona, azione o fatto valutabile in denaro (a): in questa relazione chi ha il diritto è chiamato creditore *(creditor)*; debitore chi è obbligato *(debitor)*.

2) Inoltre, poichè *obbligazione* denota tutto l'insieme del fatto giuridico, comprende nella sua espressione così il dritto del creditore come l'obbligo del debitore: ma il primo più esattamente si usa chiamare diritto di obbligazione (b).

3) Il diritto di obbligazione ossia il credito importa un aumento di patrimonio, come l'obbligo una diminuzione da parte del debitore, poichè il fatto stesso della obbligazione ha in sè un valore pecuniario, quantunque la sua sostanza valutabile non sia uscita dal patrimonio del debitore, nè è entrata in quello del creditore.

Finalmente la parola *obligatio* può significare il contratto, l' impegno di una cosa, il diritto di pegno, e anche il documento che prova l'obbligazione (c).

(a) Pr. Inst. b. t. Obligatio est iuris viucnlum, quo necessitate adstringimus alienius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.—L. 3. pr. b. t.—L. 9. §. 2. de stat. lib. (40. 7.).

(b) L. 21. de V. S. (50. 16.). — L. 30. C. de loc. (4. 65.).—L. 56. de reb. cred. (12. 1.).— L. 21. pr. de fideiuss. (46. 1.).

(c) L. 19. de V. S. (50. 16.). — L. 20. de indic. (5. 1.). *Paul*. Omnem obligatiouem pro contractu babendam existimaudum est. — L. 4. quae res pign. (20. 3.).—L. 11. §. 6. de pign. act. (13. 7.). — L. 4. C. qnae res pign. (8. 17.).—L. nn. C. si com. res pign. (8. 21.). — L. 6. C. de remiss. pign. (8. 26.). — L. 7. C. de non num. pecnn. (4. 30.).

§. 316.

II. Delle obbligazioni civili e naturali.

Weber, svolgimento sistematico della teoria delle obbligazioni naturali, Schwerino 1784. 1811. — *Reinhard*, la teoria del diritto romano sulle obbligazioni in generale, e delle obbligazioni naturali in particolare, Stutgarda 1827. — *Lelièvre*, resp. ad quaestionem quid est naturalis obligatio ex sententiis Romanorum, Lovan. 1827. — *De Pforden*, de obligationis civilis in naturalem transitu, Lips. 1843. — *Savigny*, diritto delle obbligazioni, Berl. 1851. §. 5. ss. — *Schultze*, de natur. obligat. pupillorum, Gryph. 1853. — *Shwanert*, le obbligazioni naturali secondo il diritto romano 1861.

Generalmente tutte le obbligazioni si dividono in civili e naturali. Questa divisione può essere riferita o alla origine delle obbligazioni, o al grado della loro efficacia giuridica. Considerate rispetto alla loro origine le obbligazioni o si fondano esclusivamente sul dritto civile, intesa questa parola nel senso più ristretto *(civilis aequitas)*, e sono chiamate obbligazioni civili; ovvero originano dal *ius gentium (naturalis aequitas)* e sono dette obbligazioni naturali. In molti punti è questo il significato delle due locuzioni nei testi (a).

Questo concetto delle obbligazioni civili e naturali ha solo un' importanza storica, avvisandosi per esso sì l' origine non l' entità dell' obbligazione: e tanto più in quanto nel sistema positivo è cessata ogni distinzione tra il *ius civile* ed il *ius gentium*, anzi la maggior parte delle obbligazioni discende dal diritto delle genti, ma sancite dalle leggi sono esse stesse addivenute civili (b).

Invece una positiva importanza ha quella divisione rispetto all'efficacia del vincolo giuridico. Invero per massima tutte le obbligazioni hanno piena validità, indipendentemente se originate dal diritto civile o dal diritto delle genti, onde sono dette civili; ma talune dettate dall' equità naturale (*naturalis ratio*), sebbene valide obbligazioni, non hanno la piena sanzione da generare azione in favore del creditore; queste ultime sono dette obbligazioni naturali (c). La pratica importanza adunque della divi-

(a) L. 84. §. 1. de R. I. (50 17.) *Paul.* Is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus. — L. 25. rer. amot. (25. 2.). — L. 14. 15 pr. de cond. indeb. (12. 6.). — L. 5. pr. de auct. (26. 8.).

(b) §. 2. Inst. de iur. nat. gent. civil. (1. 2.). . . et ex hoc iure gentium omnes paene contractus introducti sunt, ut emtio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabiles. — L. 5. de iust. et iur. (11.).

(c) L. 16. §. 3. 4. de fideiuss. (46. 1.) — L. 7. §. 4. de pact. (2. 14.). *Ulp.* . . . Igitur nuda pacta obligationem non parit, sed parit exceptionem. — L. 10. 108. de V. S. (50. 16.).

sione in obbligazioni civili e naturali consiste in ciò, che ad alcune obbligazioni contrastanno dei motivi di legge che non ne annullano l' esistenza, ma tolgono loro la più robusta garantia, la facoltà cioè di convenire giudiziariamente il debitore.

Nondimeno l' obbligazione naturale esiste ed ha quasi tutti gli effetti di ogni altra, onde:

1) Se il debitore naturale soddisfa il creditore, anche perchè suppone che questi avesse contro lui l' azione giudiziaria, il creditore ha la *soluti retentio*, ossia il pagamento è valido, ed al debitore che ha pagato è negata la *condictio indebiti* (d).

2) Il creditore naturale può sul fondamento di siffatta obbligazione opporre in giudizio l' eccezione di compensazione (e).

3) Accanto ad una obbligazione naturale possono costituirsi delle obbligazioni accessorie civili, come il pegno, la fideiussione, il *costitutum* (f) (§. 325, 326).

4) L' obbligazione naturale può diventare civile per mezzo della novazione (§. 353) (g).

I casi speciali che originano obbligazioni naturali saranno osservati a' proprii luoghi, qui solo indicheranno i criterii generali delle loro origini, che sono:

1) la mancanza delle forme richieste per un'obbligazione civile, come una obbligazione estesa in forma di *nudum pactum*, dove era richiesta la stipulazione (h);

2) la mancanza d' idoneità giuridica o d' idoneità di volontà; come le obbligazioni tra padre e figlio o tra padrone e schiavo, anche dopo la manumissione, anzi sol dopo quest' atto hanno importanza giuridica (i).

(d) L. 13. pr. L. 19. pr. L. 38. §. 1. 2. L. 60. pr. de coud. Indeb. (12. 6.). *Paul.* Naturaliter etiam servus obligatur; et ideo si quis uomiue eius solvat, vel ipse manumissus, ut Pomponina scribit, ex peculio, cuius liberam administrationem habeat, repeti non poterit; et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur, et pignus pro eo datum tenebitur; et si servus, qui peculii administratiouem habet, rem piguori in id, quod debeat, dederit, utilis pignoraticia reddenda est. — L. 3. §. 7. quod quisque iuris (2. 2.). — L. 50. §. 2. de pec. (15. 1.).—L. 10. de O. et A. (44. 7.). — L. 7. §. 4. de fideiuss. (46. 1.). — L. 5. §. 2. de solut. (46. 3.).

(e) §. 30. 39. Inst. de act. (4. 6). — ved. not. (c). — *Gai.* Inst. IV. §. 61. 63.

(f) L. 5. de pigu. (20. 1.). — L. 13. pr. de cond. indeb. (12. 6.).— Ved. not. (d).—L. 11. §. 3. de pign. act. (13. 7.). — L. 1. §. 7. de pec. const. (13. 5.).

(g) L. 19. §. 4. de donat. (39. 5.). — L. 1. §. 1. de novat. (46.2.). *Ulp.* Illud uon interest qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu; qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, civiliter teneat, aut naturaliter, utpute si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit.—§. 3. Inst. quib. mod. obl. toll. (3. 29.).

(h) L. 7. §. 4. L. 45. de pactis (2. 14.). — ved. not. (c). — L. 28. C. eod. (2. 3.).

(i) L. 9, §. 2. de pecul. (15. 1.).—L. 38. §. 1. 2. L. 64. de cond. ind. (12. 6.). *Afric.* Quaesitum est, si pater filio crediderit, isque emancipatus solvat, an repetere possit? Respondit, si

Va in questa categoria l' obbligazione naturale del pupillo per obblighi contratti senza autorità del tutore (§. 141);

3) il rigore del diritto civile; così per la *capitis deminutio,* secondo il diritto antico, si scioglievano le obbligazioni civili, che rimanevano in forma di naturali obbligazioni (§. 16);

4) la prescrizione della lite pendente (§. 85);

5) l'eccezione in *odium creditoris,* come nel SC. Macedoniano (§. 226);

6) il *beneficium competentiae*; onde se colui, che ha diritto d' essere condannato sol per *id quod debitor facere potest*, paga tutto il debito per errore, gli vien negata la *condictio indebiti;*

7) l' obbligo d' interessi non convenuti; onde pagati per errore non sono ripetibili: (§. 39. ann.); ma in questo caso l' obbligazione naturale ha altro effetto che la *soluti retentio.*

§. 317.

II. Dell' obbietto della obbligazione.

1) L' obbietto dell' obbligazione è una qualunque azione del debitore (a), che consiste in valore pecuniario, sia che essa abbia a determinare positivamente (azione), sia negativamente (omissione); poichè un *non fare*, che rechi vantaggio pecuniario al creditore, ben è l'obbietto di una obbligazione.

2) L' azione del debitore contenuta nell' obbligazione non dev'essere naturalmente o giuridicamente impossibile (b). Con tuttociò una impossibilità che derivi da motivi personali per colui che si obbliga non esclude l'obbligazione (c); nè è esclusa quando si promette qualche cosa presente-

nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum; nam manere naturalem obligationem, argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio, deduceret pater, quod sibi filius debuisset.

(a) L. 2. §. 5. L. 4. §. 1. L. 50. pr. L. 71. de V. O. (45. 1.). *Ulp.* Quum quid ut fiat, stipulemur poenam, sic recte concipiemus: *si ita factum non erit;* quum quid ne fiat, sic: *si adversus id factum sit.*

(b) L. 29. §. 1. L. 35. pr. L. 69. 82. pr. 83. §. 5. L. 97. 98. pr. L. 103. eod. *Paul.* Si stipulor, ut id fiat, quod natura fieri non concedit, non magis obligatio consistit, quam quum stipulor, ut detur, quod dari non potest, nisi per quem stetit, quominus facere id possit. — §. 22. Inst. de inut. stipul. (3. 19.). §. 5. cod. de V. O. (3. 15.). confr. L. 58. §. 1. locat. (19. 2.). — L. 185. de R. I.

(c) L. 34. 137. §. 4. 5. de V.O. (45. 1.). *Venul.* Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, quum alii possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit. — L. 28. de contr. emt. (18. 1.).

mente impossibile a condizione che torni possibile; anzi in questi casi anche mancando la condizione della futura possibilità è sottointesa, onde la validità dell' obbligazione sta tutta nella sperata possibilità di adempierla (d). Inoltre in certi casi anche per un' azione obbiettivamente impossibile può taluno obbligarsi se promette garantia per siffatta impossibilità (e).

L' azione inoltre dev' essere altresì lecita (f), ed avere un valore pecuniario, un interesse pel creditore (g); basta alcune volte un interesse di affezione. Finalmente l'obbligazione è di nessun momento quando non ne è determinato il contenuto, o quando è lasciato interamente all' arbitrio di chi si obbliga (h). Senonchè si può stabilire che la determinazione ne dipenda più o meno dall'*arbitratum boni viri*, o dalla volontà di un terzo: in tali casi sempre nella determinazione definitiva riposa l' efficacia dell' obbligazione.

3) L'azione o i fatti che promette il debitore, sebbene indeterminatamente differenti tra loro, possono tuttavolta comprendersi in tre supremi generi, nel *dare*, nel *facere* e nel *praestare* (i).

a) *Dare* significa l' atto per mezzo del quale un determinato obbietto è trasmesso nell' altrui proprietà secondo i modi del diritto civile. Nel concetto di *dare* si contiene: 1) che l' obbietto non sia ancora in potestà del creditore; 2) che il debitore è obbligato ad un atto valido per diritto civile a far passare qualche cosa in altrui proprietà, come la *in iure cessio*, la *mancipatio*, la *traditio*, ecc: 3) che finalmente l'oggetto sia determinato nel *quid* per le specie, nel *quantum* e nel *quale* per le cose fungibili, con altre parole l'obbietto bisogna sia un *certum* (§.316).L'obbligazione

(d) L. 83. §. 5. L. 93. de V. O. (45. 1.). — L. 34. §. 2. de contr. emt. (18. 1.).

(e) L. 35. pr. L. 83. §. 7. (45. 1.). — ved. not. (b). — L. 4. de contr. emt. (18. 1.).

(f) L. 26. 27. pr. confr. L. 35. §. 1. de V. O. (45.1.).*Pompon.* Veluti si quis homicidinm, vel sacrilegium se facturum promittat. Sed et officio quoqne Praetoris continetur, ex huinsmodi obligationibus actionem denegari. — L. 15. de cond. inst. (28. 7.).

(g) L. 9. §. 2. de statuiib. (40.7.). *Ulp.* Ea enim in obligatione consistere, qnae pecunia lui praestarique possunt, libertas autem pecunia lui non potest, nec reparari potest; quae sententia mihi videtur vera. — L. 8. §. 6. mand. (17. 1.). — L.32. loc. (19. 2.). — L. 13. pr. de rei iud. (42. 1.).

(h) L. 94. 95. 108. §. 1. de V. O. (45. 1.). *Iavol.* Nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit. — L. 69. §. 4. de iur. dot. (23. 3.). — L. 22. §. 1. de R. I. L. 71. pr. de legat. (30.). — L. 2. §. 5. de eo quod certo loco (13. 4.). confr. L. 3. C. de dol. prom. (5. 11.). — L. 75-79 pro socio (17. 2.).—L. 7. pr. de contr. empt. (18. 1.).—L. ult. C. eod. (4. 38.).

(i) L. 3. pr. de O. et A. (44. 7.).*Paul.* Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel praestandum.—*Gai.* Inst. IV. 2.—L. 13. §. 6. de act. emt. vend. (19. 1.).

che nasce dicesi perciò *obligatio certi*, e genera un' azione di stretto diritto ossia una *condictio* (k).

b) Nel *facere* sono comprese tutte le altre obbligazioni che non entrano nel concetto del *dare*: così è di *facere* l'obbligo della tradizione, allorchè quest' atto non è diretto a trasmettere la cosa nella proprietà di un altro; l'obbligo della restituzione, della esibizione, ovvero l'obbligo di dar cose non fungibili determinate in genere (l), ed in somma di qualunque operazione espressa positivamente o negativamente (*non facere*), p. e. *operas edificari, ratum habiturum etc.*

Di questa categoria sono le obbligazioni il cui contenuto è un *incertum*, ossia non determinate nel *quid* nel *quale* o *quantum*. Per la qualcosa l' obbligazione è detta *incerti*, e genera un' azione di buona fede (m).

c) Il *praestare* consiste nel risarcire un danno, o nel rifare altrui la differenza tra lo stato presente e quello che si avrebbe diritto di pretendere (n).

§. 318.

A. Della obbligazione alternativa.

È l'obbligazione alternativa, in contrapposto della obbligazione semplice, quella che contiene più obbietti *in obligatione*, di cui un solo deve prestarsi; o di guisa che quel ch' è la obbligazione correale rispetto alla persona (§: 322), è l' obbligazione alternativa rispetto all' obbietto. Intorno a questa obbligazione valgono i seguenti principii:

1) Quando per contratto non è stabilito diversamente, la scelta dell'obbietto da soddisfare spetta al debitore, tanto se si tratta del pagamento (a), quanto di restituzione d'indebito, ove il debitore per errore avesse pagato tutti gli oggetti in obbligazione; questa seconda decisione è di Giustiniano che diffinì una controversia degli antichi romani giureconsulti

(k) L. 74. 75. §. 5. 10. do V. O. (45. 1.). *Gai.* Stipulationum quaedam certao sunt, quaedam incertae; certum est, quod ex ipsa prouuntiatione apparet, qnid, quale, quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundns Tnsculanus, homo Stichus, triticl Africi optimi modii centum, vinl Campani optiml amphorae centum.

(l) L. 75. §. 1. eod. *Ulp.* Ubl autem non apparet, quid, quale, qnantnmquo est in stipulatione, Incertam esse stipulationem dicendum est.

(m) L. 72. 75. eod. — Ved. not. preced.

(n) *Puchta*, Istit. §. 165.

(a) L. 25. pr. L. 34. §. 6. de contr. emt. (18. 1). — L. 10. §. 6. de iur. dot. (23. 3.). — L. 93. 106. 138. §. 1. de V. O. (45. 1.). *Venul.* Quum puro stipulatus sum, illud aut illud dari, licobit tibi, quoties voles, mntaro voluntatem in eo, quod praestiturus sis, quia diversa causa est voluntatis expressae, et eius, quae inest.

accostandosi all' opinione di Papiniano e Giuliano (b): ma essa non si applica al caso di molti debitori correali (c).

2) Riconosciuto per massima il diritto di scelta da parte del debitore, dovrebbe passare ai suoi eredi; come agli eredi del creditore, se il diritto di scelta spetta per patto a costui (d).

3) Da una simile obbligazione nasce il diritto del creditore di chiedere la prestazione dell' uno o dell' altro oggetto (e).

4) Per sua natura l' obbligazione alternativa è incerta, ma, se il creditore ha la scelta, e sceglie un *certum*, la obbligazione può diventare anche una *certi obligatio* nel significato del diritto romano (f).

5) Finalmente se la scelta come è possibile, è data ad un terzo, la dichiarazione di costui deve reputarsi una condizione (g).

L' obbligazione alternativa si scioglie come qualunque altra obbligazione (cap. 2): senonchè vi sono specialità rispetto alla sua estinzione per la perdita dell' oggetto, conformate ai due casi o che la scelta spetti al debitore o che al creditore.

1) Nel primo caso si avranno le seguenti regole:

a) Se la perdita è puramente casuale, ed entrambi gli obbietti ch' erano obbligati fossero perduti, tutta l' obbligazione si estingue. In caso che di essi resti alcuna, l'obbligazione alternativa si converte in semplice,

(b) L. 10. C. de cond. ind. (4. 5.). *Iustinian.* Si quis servum certi nominis, aut quandam solidorum quantitatem, vel aliam rem promiserit, et, quum licentia ei fuerat unum ex his solvendo liberari, utrumque per ignorantiam dependerit, dubitabatur, cuius rei datur a legibus ei repetitio, utrumne servi an pecuniae, et utrum stipulator an promissor habeat huius rei facultatem. Et Ulpianus quidem electionem ei praestat, qui utrumque accepit, ut hoc reddat, quod sibi placuerit, et tam Marcellum quam Celsum sibi consonantes refert. Papinianus autem ipsi, qui utrumque persolvit, electionem donat, qui et antequam dependat ipse habet electionem, quod velit praestare, et huiusmodi sententiae sublimissimum testem adducit Salvium Iulianum, summae auctoritatis hominem et praetoriani edicti ordinatorem. Nobis haec decidentibus Iuliani et Papiniani sententia placet, ut ipse habeat electionem accipiendi, qui et dandi habuit. — confr. L. 26. §. 13. (12. 6.).

(c) L. 21. de cond. indeb. (12. 6.). *Paul.* Plane si duos reos non eiusdem pecuniae, sed alterius obligationis constitueris, utputa Stichi, aut Pamphili, et pariter duos datos, aut togam, vel denaria mille, non idem dici poterit in repetitione, ut partes repetant, quia nec solvere ab initio sic poterunt. Igitur hoc casu electio est creditoris, cui velit solvere, ut alterius repetitio impediatur.

(d) L. 76. de V. O.

(e) §. 33. Inst. de act. (4. 6.).

(f) L. 75. §. 8. de V. O. (45. 1.). *Ulp.* Qui illud aut illud stipulatur, veluti *decem, vel hominem Stichum*, utrum certum, an incertum deducat in obligationem, non immerito quaeritur; nam et res certae designantur, et utra earum potius praestanda sit, in incerto est. Sed utcunque is, qui sibi electionem constituit adiectis his verbis: *utrum ego velim*, potest videri certum stipulatus, quum ei liceat vel hominem tantum, vel decem tantum intendere sibi dari oportere; qui vero sibi electionem non constituit, incertum stipulatur.

(g) L. 141. §. 1. eod.—confr. L. 76. 141. pr. eod.—L. ult. C. de contr. emt. (4. 38.).

sicchè il solo oggetto rimasto è in *obligatione et in petitione* (h). Per misura di equità è inoltre riconosciuto, che, per canzare un possibile danno al debitore, egli venga liberato soddisfacendo l'*aestimatio* della cosa perduta, la quale, benchè non sia *in obligatione*, pure, perchè ogni capo di obbligazione ha un valore pecuniario, essa è certamente *in solutione* (i).

b) Se al contrario uno degli oggetti fosse perduto per colpa del debitore, durante la mora di lui, anche in questo caso l'altro rimane come obbietto di una obbligazione semplice: ed il beneficio di pagare il prezzo della cosa perduta è solo allora ammesso, quando il valore dell' oggetto perduto non sia inferiore a quello dell' oggetto esistente (k).

c) Se entrambi gli oggetti siano periti, il primo per colpa del debitore, l' altro per caso, strettamente considerata la cosa, dovrebbe tutta l'obbligazione essere estinta, ed il debitore liberato: nè la perdita colposa del primo oggetto gli potrebbe essere imputata, stantechè in quel tempo era esistente l' altro obbietto su cui cadeva altresì l'obbligazione. Ma, poichè la colpa del debitore pose in meno comoda condizione il creditore, anzi a più vicino pericolo di perdere l'obbligazione, equità chiede, che sia costui rifatto del danno per azione di risarcimento esercitabile nei giudizii di stretto diritto non altrimenti che per mezzo di una *exceptio doli*, inefficace veramente in caso di colpa semplice del debitore; ma se l'obbligazione alternativa nasce da un *negotium bonae fidei*, il risarcimento sarà ben

(h) L. 3. §. 2. de eo quod certo loco (13. 4.). *Papinian. Stichum aut Pamphilum, utrum ego valim, dara spondes?* altero mortuo, qui vivit solus petetur, nisi si mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit; tunc enim perinde solus ille, qui decessit praebetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset. — L. 34. §. 6. de contr. emt. (18. 1.). — L.95. pr. §. 1. de solut. (46. 3.).

(i) L. 47. §. 3. de legat. (30.). *Ulp.* Sed si Stichus, aut Pamphilus legetur, et alter ex his vel in fuga sit, vel apud hostes, dicendum erit, praesentem praestari, aut absentis aestimationem; toties enim electio est heredi committenda, quoties moram non est facturus legatario. Qua ratione placuit, et si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, fortassis vel mortui pretium. Sed si ambo sint in fuga, non ita cavendum, ut si in potestatem ambo redirent, sed si vel alter, et vel ipsum vel absentis aestimationem praestandam.—Ved. *Vangerow*, o. c. §. 569. in contr. — *Puchta*, pand. §. 302. not. d.

(k) L. 95. §. 1. de solut. (46.3.). *Papin.* Quodsi promissoris fuerit electio, defuncto altero, qui superest, aeque peti poterit. Enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, quum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, *si forte longe fuit vilior*, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est, tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, quum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur; aliter, quam in persona fideiussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fideiussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset.— V. *de Brassiar*, de causis alternativis, Heidelb. 1821. §. 5.— *Mommsen*, della impossibilità della prestazione nella sua influenza sui legami obbligatorii, Brunsv. 1853. pag. 315. not. 13.

preteso con la stessa azione del contratto e sarà certamente estensibile alla semplice colpa (l).

d) Quando degli oggetti il primo sia perito per caso, il secondo per colpa del debitore, il creditore ha facoltà di chiedere la *aestimatio* dell'ultimo oggetto, ma il debitore può anche essere liberato soddisfacendo l'*aestimatio* del primo.

e) Quando tutti gli oggetti sono periti per colpa del debitore, il creditore pretende l'*aestimatio* dell'ultimo, senza essere limitato dal prezzo inferiore del primo.

Tutte queste possibilità sono anche da esaminare nel caso che la colpa provenga dal creditore.

f) Quando un oggetto è perito per colpa del creditore ed esiste l'altro, anche qui l'obbligazione si restringe semplicemente a questo: ma il creditore è obbligato a prestare indennità per l'obbietto perduto per sua colpa, il cui montare si determina secondo la natura dell'obbietto distrutto, e secondo il prezzo di quello che ancora rimane, e ch'è stato dato al creditore, se abbia prezzo maggiore (m). Deve dall'altro lato convenirsi che al debitore è dato di potersi liberare dall'obbligazione, offrendo il prezzo della cosa perduta, imperciocchè, se ciò si riconosce in caso di perdita casuale dell'oggetto, molto più si dovrebbe ammettere per una perdita imputabile al creditore.

g) Se il primo è perduto per colpa del creditore, l'altro per caso, il debitore è perfettamente liberato, e il creditore è obbligato a rifarlo della perdita del primo oggetto, ed anche in questo luogo il prezzo dell'oggetto perduto colpevolmente si conforma su quello perito a caso, quando il prezzo del secondo è superiore (n).

h) Il primo obbietto è perito per caso, il secondo per colpa del creditore: il debitore è perfettamente liberato; imperocchè con la perdita casuale del primo obbietto l'obbligazione alternativa si convertì in semplice, e se il creditore ha distrutto la sola cosa rimasta, ogni obbligo cessa, potrà anzi il debitore esercitare l'azione *legis Aquiliae*, se il danno cagionatogli supera il valore della cosa perita.

(l) Coufr. L. 95. §. 1. de solut. (46. 3.). ved. not. pree.

(m) L. 55. ad leg. Aquil. (9. 2.). *Paul.* Stichum, aut Pamphilum promisi Titlo, quum Stichus esset deeem millium, Pamphilus viginti, stipulator Stichum ante moram occidit; quaesltum est de actione legis Aquiliae. Respondi, quum vlliorem oeeidisse proponitur, in hune traetatum nihilum differt ab extraneo creditor. Quanti igitur fiet aestimatio, utrum decem millium, quanti fuit oeeisus, an quanti est, quem necesse habeo dare, id est, quanti mea interest? Et quid dicemus, si et Pamphilus deeesserit sine mora? Iam pretium Stichi minuetur, quoniam liberatus est promissor, et sufficiet fuisse pluris, quum oeeideretur, vel intra annum. Hac quidem ratione, etiamsi post mortem Pamphili intra annum oecidatur, pluris videbitur fuisse.

(n) L. 55. eit. ved. not. preced.

i) Quando tutte le cose periscono per colpa del creditore in tempi diversi, distrutto il primo, incontanente al debitore spetta l'azione pel risarcimento: distrutto poscia il secondo oggetto, l'*actio legis Aquiliae* gli spetterà di nuovo, se il danno oltrepassa il reale prezzo della cosa perita. Se poi le cose sono state distrutte in un tempo, allora il debitore potrà per tutte esercitare l'*actio legis Aquiliae* e il creditore difalcherà soltanto in soddisfazione del suo credito il prezzo di quella cosa che valeva meno.

2) Queste sono le regole quando nell'obbligazione alternativa la scelta spetta al debitore; se per contra il diritto di scegliere è del creditore, le regole cangiano:

a) Quando i due oggetti sono periti per caso, l'obbligazione cessa totalmente, o si converte in semplice qualora un solo ne rimanga: questo sarebbe *in obligatione et in petitione*, nè il creditore potrà invece pretendere il prezzo degli altri (o).

b) Che se la perdita fosse imputabile al debitore, il creditore avrà la scelta di chiedere o l'oggetto tuttora esistente o l'*aestimatio* della cosa perita, poichè la scelta del creditore non può essere limitata per colpa dell'altro. E se gli oggetti sono tutti perduti per colpa del debitore, il creditore avrà la scelta di esigere l'*aestimatio* dell'uno o dell'altro oggetto distrutto.

c) Quando per colpa del debitore è perito un solo oggetto e resta l'altro in obbligazione, egli perde il diritto di scegliere, dev'essere soddisfatto con la cosa esistente, e deve ad un tempo prestare indennità per la perdita che gli è imputabile (p)

d) Il primo oggetto è perito per colpa del creditore, il secondo per caso; incontanente mancato l'uno il creditore è tenuto a risarcirne il danno e la obbligazione si converte in semplice sul secondo oggetto; ma poichè questo anche si è perduto per caso, il debitore è liberato da ogni obbligo.

e) Quando l'una cosa è perduta per caso, l'altra per colpa del creditore, l'obbligazione dapprima convertita in semplice cessa totalmente con la seconda perdita.

f) Finalmente se tutti gli oggetti sono distrutti per fatto imputabile al creditore, secondo il principio stabilito, questi deve prestare indennità per l'oggetto distrutto prima, e ricever l'altro in *solutione*, purchè non peggiori la condizione del debitore: è chiaro che la seconda perdita fa poi cessare ogni obbligazione. Che se gli oggetti sono stati tutti ad un'ora di-

(o) L. 34. §. 6. da contr. emit. (18. 1.). — L. 95. pr. de solut. (46. 3.). ved. not. (h).

(p) Confr. L. 9. cit. — Ved. *Vangerow*, §. 569.—*Sintenis*, II. pag. 47. in contr.—*Thibaut*. est. §. 81. — *de Brussier*, o c. §. 10.— *Mommsen*, o. c. pag. 317.

strutti il creditore è tenuto per legge Aquilia a rifare la perdita di entrambi gli oggetti, da cui nondimeno sottrae il prezzo della cosa migliore, come soddisfazione del suo credito.

§. 219.

B. Delle obbligazioni divisibili e indivisibili.

De Retes, de dividua et individua obligatione (v. Meerman thesaurus t. VII. pag. 600). — *Scip. Gentilis*, de divid. et individua obligat. (v. op. omn. t. I. pag. 89.).— *Bakker*, de obl. divid. et individ. Lugd. Batt. 1822.—*Ribbentrop*, nella teoria delle obbligazioni correali pag. 174. — *de Scheurl*, comm. de divid. et individ. obligatio. — *Savigny*, dr. di obl. §. 29. — *Ubbelohde*, teoria delle obblig. divisib. e indiv. 1862.

Obbiettivamente ed altresì per forma le obbligazioni sono divisibili ed indivisibili: divisibili quelle, nelle quali è possibile una estinzione parziale, e da cui è possibile che nascano più obbligazioni, di guisa che se vi sono più creditori si paga loro *pro rata*, e dall'altra parte di più debitori, *pro rata* paga ciascuno: indivisibili quelle che in qualunque caso permangono sempre uniche, e per cui non ostante che vi sieno più creditori o debitori, non è possibile un pagamento *pro rata*, onde l'obbligazione, come nel primo caso, in parte si estingua.

Obbiettivamente sono indivisibili:

1) Le obbligazioni che contengono costituzione di un diritto indivisibile, cioè costituzione di una servitù reale, ovvero di una servitù personale indivisibile. Bisogna però distinguere se in una tale obbligazione vi sieno più creditori o più debitori. Imperocchè se vi fossero più creditori, o ciò che torna lo stesso, più eredi di un creditore, si può accettare un credito solidale, inquantochè a ciascuno di essi spetterà un'azione per la costituzione della intera servitù, ed il debitore non è liberato rispetto a nessuno de'creditori, finchè non ha costituita l'intera servitù: ma, poichè è il solo interesse di ogni singolo creditore che bisogna garentire, consegue che se il debitore non costituisce la servitù, vi sarà una condanna pecuniaria *pro parte* (a).

Al contrario quando vi sono più debitori, ognuno è obbligato per la costituzione di tutta la servitù per effetto dell'indivisibilità di questo di-

(a) L. 25. §. 9. famil. ercisc. (10.2.). *Ulp.* An ea stipulatio, qua singuli heredes in solidum habent actionem, veniat in hoc iudicium, dubitatur veluti si is, qui viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit, quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest. Sed verius est, non venire eam in iudicium, sed omnibus in solidum competere actionem, et si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet. — confr. L. 4. §. 3. si serv. vind. (8. 5.). — L. 2. §. 2. de V. O. (45. 1.).

ritto, ed inoltre l'interesse del creditore si estende perfettamente a tutta la servitù, onde non solo ciascuno dei debitori può essere convenuto con l'azione in *solidum*, ma ciascuno può essere obbligato a prestare la totalità del risarcimento (b).

2) Delle obbligazioni dirette al *facere* sono alcune divisibili, altre indivisibili; sono divisibili le obbligazioni per una *liberatio*; onde, ove un creditore leghi nel suo testamento una *liberatio* al suo debitore, l'erede è obbligato ad una *acceptilatio*, ma se questi muore lasciando due suoi eredi, ciascuno di essi non sarà tenuto che alla metà di quest'obbligo: divisibili ancora le obbligazioni dirette ad una *ratihabitio* (c).

Altre obbligazioni di *facere* sono indivisibili specialmente quelle dirette *ad opus faciendum* (d).

In questo caso quando un fatto indivisibile è il contenuto dell'obbligazione, nessuno de'più creditori è soddisfatto, o nessuno de' più debitori è liberato, finchè tutto il fatto medesimo non è compiuto; ma, seguendo una condanna al risarcimento dei danni, si potrà avere un pagamento *pro rata* (e). Differentemente abbiamo osservato, che ciascuno dei più debitori di

(b) L. 25. §. 10. fam. ercisc. (10. 2.). *Ulp.* Contra si promissor viae decesserit pluribus heredibus institutis nec dividitur obligatio nec dubium est quin duret, quoniam viam promittere et is potest qui fundum non habet; igitur quia singuli in solidum tenentur, officio iudicis cautiones interponi debent, ut, si quis ex his conventus litis aestimationem praestiterit, id pro parte a ceteris consequatur. — confr. L. 2. §. 2. cit. L. 4. §. 4. si serv. vind. (8. 5.).

(c) L. 3. §. 3. L. 5. pr. de liberat. legat. (34. 3.). — L. 4. §. 1. de V. O. (45. 1.). *Paul.* Cato libro quinto decimo scribit, poena certae pecuniae promissa, si quid aliter factum sit, mortuo promissore si ex pluribus heredibus unus, contra quam cautum sit, fecerit, aut ab omnibus heredibus poenam committi pro portione hereditaria, aut ab uno pro portione sua. Ab omnibus, si id factum, de quo cautum est, individuum sit, veluti: *iter fieri*, quia, quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur. At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti: *amplius non agi*, tum eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum poenam committere. Differentiae hanc esse rationem, quod in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit, illam stipulationem, *per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat?* Sed videamus, ne non idem hic sit; sed magis idem quod in illa stipulatione, *Titium heredemque eius ratum habiturum?* nam hac stipulatione et solus tenebitur, qui non habuerit ratum, et solus aget, a quo fuerit petitum; idque et Marcello videtur; quamvis ipse dominus pro parte ratum habere non potest. — *Savigny*, o. c. §. 32. pag. 335. ss.

(d) L. 85. §. 2. 72. pr. de V. O. (45. 1.). *Iulian.* Stipulationes non dividuntur earum rerum quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus, aquaeductus, ceterarumque servitutum. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, utputa fundum tradi, vel fossam fodiri, vel insulam fabricari, vel operas, vel quid his simile; horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigesimo octavo Digestorum refert, Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem; secundum quem Celsus ait, posse dici, iusta aestimatione facti dandam esse petitionem. — L. 80. §. 1. ad L. Falc. (35. 2.).

(e) Ved. *Arndts*, pand. §. 216. ann. — *Ribbentrupp*, o. c. pag. 183. in contr. — *Vangerow*, §. 567. confr. — *Savigny*, obbl. l. c.

una costituzione di servitù convenuto nel risarcimento dei danni è obbligato non *pro rata*, ma per l'intiero: in entrambi i casi, è vero, l'estimazione del prezzo segue quando non è soddisfatto l'obbietto dell'obbligazione, e la *condemnatio* è sempre diretta ad una somma che rappresenta un valore divisibile; se non che, quando trattavasi di una costituzione di servitù, la formola dell'azione era rigorosa, essendo diretta a *dare (dare servitutem oportere)*, donde le inesorabili conseguenze della condanna in *solidum* di ciascuno de' debitori; ma siffatta regola non può essere riconosciuta nell'ultimo diritto giustinianeo.

3) Anche le obbligazioni in *non facere* sono secondo i casi divisibili e indivisibili.

E di vero se essendo più i debitori, o molti gli eredi del debitore, l'obbligazione è di tal natura che il *factum contrarium* di uno dei debitori viola solamente in parte il diritto del creditore, sicchè questi rispetto agli altri ha il pieno esercizio di questo diritto, l'obbligazione in *non faciendum* è divisibile, e il debitore colpevole del fatto contrario è solo tenuto *pro rata*.

Al contrario quando il fatto compiuto da uno de'debitori offende il diritto del creditore nella sua totalità, onde per le sue conseguenze è come compiuto da tutti i debitori, l'obbligazione è indivisibile, tutti sono obbligati *in solidum*, ed a'debitori che realmente non operarono il *factum contrarium* rimane solamente un'azione di regresso contro il colpevole (f).

In generale se vi sono più creditori, o più eredi di un creditore, e il *factum contrarium* è rivolto solo contro uno di essi, questi solamente avrà l'azione contro il debitore; che se vi fosse una pena convenzionale tutti avrebbero diritto all'azione, sebbene verso il creditore pel quale non fu commesso il fatto contrario sarà fondata una *exceptio doli* (g).

Sono indivisibili rispetto alla forma:

1) le obbligazioni alternative. Ed in fatti, dato che stessero a fronte un solo creditore ed un solo debitore, e questi pagar potesse parte di uno degli oggetti che sono in obbligazione, si metterebbe il creditore nell'infelice condizione, di aver per resto del credito un'altra parte dell'altro oggetto, ovvero, se più oggetti rimangono *in obligatione*, diverse parti di di-

(f) Confr. L. 4. §. 1. de V. O. ved. not. (c). Sulla interpretazione di questo testo ved. *Vangerow*, §. 567.— de *Scheurl*, o. c. pag. 26.—Ved. anc. L. 2. §. 5. L. 3. §. 1. fin. L. 83. §. 3. L. 131. pr. de V. O.—L. 44. §. 5. famil. ercisc. (10. 2.).

(g) L. 2. §. 6. L. 3. §. 1. de V. O. *Paul.* Contra autem, si stipulator decesserit, qui stipulatus erat, sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio, an pro parte eius, qui prohibitus est; nam si poena stipulationi adiecta sit, in solidum committetur; sed qui non sunt prohibiti, doli mali exceptione summovebuntur; si vero poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum, qui prohibitus est, committetur stipulatio.

versi obbietti; come sarebbe se l'obbligazione alternativa fosse divisibile. Che se il debitore avesse infatti pagato parte di uno degli oggetti *in obligatione*, sol quando paga il restante della medesima cosa, il pagamento è effettivo, ed il debitore è liberato; di qui la regola che dopo il pagamento parziale, l'altro obbietto resta continuamente *in obligatione*; quindi è conseguenza che il debitore, il quale dopo questo pagamento prescielga un altro obbietto, deve soddisfarlo per intero, e solo potrà con una *condictio* ripetere la parte che avea prima soddisfatta (h).

Lo stesso è quando vi fossero più debitori: l'indivisibilità produce che nessuno di essi è liberato col pagare la parte da lui dovuta di uno dei più oggetti che sono *in obligatione*, ma è liberato sol quando di quella medesima cosa gli altri debitori soddisfanno le rimanenti parti. Ciò non ostante per altre contingenze può siffatta obbligazione riguardarsi come divisibile, e precisamente quando uno dei debitori per via diversa, che per pagamento, è liberato dall'obbligazione, come per processuale *consumtio* ecc., imperocchè gli altri saranno obbligati *pro rata*; così è quando di essi alcuno addiviene insolvente , non essendo tenuti gli altri ad accollarsene la porzione; e finalmente di una condanna alla rifazione dei danni ciascuno paga la sua rata, e si libera (k).

Da ultimo, supposto che vi sieno molti creditori, l'obbligazione si rappresenta anche come indivisibile, in quanto che nessuno di essi può consentire che loro si soddisfacciano parti varie delle diverse cose che sono in *obligatione*; ma per altri effetti questa medesima obbligazione può reputarsi divisibile (l).

2) Gli stessi principii or ora osservati per l'obbligazione alternativa si applicano all'obbligazione *in genere*.

3) Finalmente la stipulazione di una pena rende l'obbligazione princi-

(h) L. 26. §. 13. de cond. indeb. (12. 6.). *Ulp.* Si decem, aut Stichum stipulatus, solvam quinque, quaeritur, an possim condicere? Quaestio ex hoc descendit, an liberer in quinque; nam si liberor, cessat condictio, si non liberor, erit condictio. Placuit autem, ut Celsus libro sexto et Marcellus libro vicesimo Digestorum scripsit, non perimi partem dimidiam obligationis, ideoque eum, qui quinque solvit, in pendenti habendum, an liberaretur, petique ab eo posse reliqua quinque, aut Stichum, et si praestiterit residua quinque, videri eum et in priora debita solvisse; si autem Stichum praestitisset, quinque eum posse condicere quasi indebita. Sic posterior solutio comprobabit, priora quinque utrum debita, an indebita solverentur. Sed et si post soluta quinque et Stichus solvatur, et malim ego habere quinque, et Stichum reddere, an sim audiendus, quaerit Celsus. Et putat, natam esse quinque condictionem, quamvis utroque simul soluto mihi retinendi, quod vellem, arbitrium daretur.

(k) L. 2. §. 1. 3. L. 85. §. 4. de V. O.

(l) L. 26. §. 14. de cond. indeb. (12. 6.). *Ulp.* Idem ait, et si duo heredes sint stipulatoris, non sic posse, alteri quinque solutis, alteri partem Stichi solvi. Idem, et si duo sint promissoris heredes. Secundum quae liberatio non contingit, nisi aut utrique quina, aut utrique parte Stichi fuerunt solutae.

pale indivisibile nel senso che fin quando non è questa perfettamente adempiuta, la pena può sempre richiedersi per intero. Se quindi di molti debitori, pur un solo non adempia, la pena si applica sopra tutti; senonchè sono condannati *pro rata* ed hanno un'azione di regresso contro colui che mancò (m).

Di più creditori, secondo le regole strette ciascuno ha diritto di richiedere la pena privata, avvegnachè solo uno od alcuni di essi non sia stato soddisfatto: senonchè il debitore potrà opporre un'*exceptio doli* contro il creditore che fu soddisfatto (n).

C. Di alcuni obbietti di obbligazione.

§. 320.

1) Dell'obbligazione in danaro.

È il danaro il principale obbietto di obbligazione, anzi le obbligazioni di qualunque specie si fossero, se non sono adempiute, si convertono in una obbligazione in danaro.

L'obbligazione in danaro propriamente detta è quella il cui contenuto consiste in ciò che il creditore deve dal debitore riscuotere una somma di danari intesa come misura e rappresentante di un valore. Per lo che questa obbligazione deve distinguersi da un'altra quasi simile in apparenza, ma diversa sostanzialmente, il cui obbietto consiste nella consegna di tanti pezzi di moneta *(nummi)* non intesi però a determinare una somma, giacchè di questa seconda obbligazione i pezzi di moneta di per sè, come qualunque altro genere, non il valore è proprio l'obbietto (a).

Un'obbligazione in danaro genera pel debitore l'obbligo di pagare la medesima somma ricevuta in moneta corrente e coniata dall'autorità dello Stato, secondo il valore legale al tempo ed al luogo del pagamento, non potendo egli giammai imporre al creditore che questi si ricevesse moneta fuori corso (b). Le conseguenze di quest'obbligo richiedono attento esa-

(m) L. 5. §. 3. 4. L. 55. §. 6. de V. O. *Pompon.* Idemque est de poena ex compromisso, si unus paruerit, alter non paruerit sententiae iudicis. Sed a coherede ei satisfieri debet; nec enim aliud in his stipulationibus sine iniuria stipulatoris constitui potest.

(n) L. 2. §. 6. L. 3. §. 1. de V. O. *Ulp.* Sed haec differentia illam habet rationem, quod, ubi unus ex heredibus prohibetur, non potest coheres ex stipulatu agere, cuius nihil interest, nisi poena subiecta sit; nam poena subiecta efficit, ut omnibus committatur, quia hic non quaerimus, cuius intersit. Enimvero ubi unus ex heredibus prohibet, omnes tenentur heredes, interest enim prohibiti, a nemine prohiberi.

(a) L. 65. §. 1. de V. O. (45. 1.).

(b) L. 24. §. 1. de pign. act. (13. 7.). *Ulp.* Qui reprobos numos solvit creditori, an habet pi-

me nel caso che fosse avvenuto un cambiamento nel valore legale della moneta prima del pagamento. Secondo il diritto romano è difficile stabilire una regola certa, la quale pare per altro che dovrebbe essere la seguente: il debitore sarà obbligato a pagare tanti pezzi di moneta in corso a tempo del pagamento, quanti bastano a dare al creditore la somma numerica di valore stabilita per contratto; e ciò in qualunque moneta legale dello Stato, tranne se fu stabilito di pagare in una moneta determinata (c). La ragione di questa regola è che solamente la somma numerica o il valore è il contenuto dell'obbligazione.

Diverso è quando il danaro si rappresenta nella obbligazione non come somma numerica, ma di per sè come qualunque altro fungibile, come pezzi determinati; imperocchè in questo caso il debitore è obbligato alla restituzione della medesima qualità e quantità o dei medesimi pezzi (d).

§. 321.

2) Dell'obbligazione per risarcimento di danno e della pena privata.

T. C. de sententiis, qnae pro eo, quod interest, proferuntur (7.47.). — *Catiani*, de eo qnod interest (Ved. Thes. Mcermann. VII pag.775). — *Vehrn*, doctrina iuris explicatrix principiorum et causarum damni, Lips. 1795.— *Euler*, observationes quaedam de eo quod interest, Tub. 1811. — *Schomann*, teoria dell'indennizzo, Giess. 1806. — *Wening-Ingenheim*, teoria dell'indennizzo secondo il diritto romano, Heidelb. 1741.

I. L'obbligazione pel risarcimento del danno consiste in ciò che qualcuno sia obbligato a rifare il danno prodotto per un determinato fatto nell'altrui patrimonio. È l'obbietto di quest'obbligazione la differenza tra lo stato attuale del patrimonio, dopo il fatto colpevole, e quello che sarebbe stato senz'esso: il che si esprime con la frase *id quod interest*. Il risarcimento di un danno può essere tanto l'obbietto di una propria obbligazione nata da un'offesa giuridica, quanto la conseguenza dell'inosservanza o dell'imperfetto adempimento di un'altra obbligazione (a).

gnoraticiam actionem, qnasi solnta pecunia, quaeritur. Et constat, neqne pignoraticia eum agere, neqne liberari posse, quia reproba pecnnia non liberat solventem, reprobis videlicet nnmis reddendis.

(c) L. 99. de solut. (46. 3.). *Paul.* Creditorem non esse cogendnm in aliam formam nnmos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit. — L. 144. de R. I. (50. 17.). — L. 1. C. de vet. numis. mat. (11. 10.). — Ved. *Puchta*, pand. §. 38. — *Savigny*, o. c. §. 40. ss. — *Vangerow*, §. 570. — *Arndts*, pand. §. 205.

(d) L. 28. de usufr. (7. 1.). — L. 4. comm. (13. 6.). — L. 34. §. 4. de legat. (30.). — L. 94. §. 1. de solut. (46. 3.). *Papinian.* Sin autem commnnes nnmos credam, ant solvam, confestim pro parte mea nascetur et actio, et liberatio, sive in singulis nnmis communionem pro indiviso qnis esse intelligat, sive in pecnnia non quoque cogitat sed quantitatem.

(a) Ved. *Donelli*, comm. iur. civ. XXVI. c. 13.

Per l'interesse che misura quest'obbligo può intendersi:

1) una reale diminuzione del patrimonio, ed allora prende più propriamente il nome di *damnum*, danno positivo *(emergens)*, sia che esso è effettualmente avvenuto *(damnum factum)*, sia che è tenuto imminente *(damnum infectum)*. Nel concetto di *damnum* inoltre si comprende ancora qualunque ostacolo all'aumento del patrimonio (§. 44.), che dicesi propriamente danno negativo *(lucrum cessans)* (b):

2) non solo il pregiudizio effettuato immediatamente dal fatto avvenuto (diretto o immediato interesse), ma ancora quello che ne deriva non così direttamente, ma per via di un concerto di casi e di speciali contingenze (mediato interesse). Dipende dai casi pratici come debba essere stimato un tale interesse mediato; in generale si può stabilire per regola che la stima può comprendere soli pregiudizii attuali del patrimonio, poichè la possibilità di un guadagno che si sarebbe potuto fare e il prezzo di affezione non entrano nella stima di un tale interesse (c) (§. 96 ann.).

II. La prestazione del danno e dell'interesse è diversamente regolata secondo le obbligazioni speciali, come vedremo innanzi, e secondo che l'opera produttiva del danno è effetto del dolo o della colpa (§. 58. ss.).

Il *quantum* del risarcimento, contenuto dell'obbligazione, può essere diverso secondo i casi, ma in generale si stabilisce che:

1) Se l'obbligo del risarcimento è determinato per contratto, la sostanza di questo atto giuridico valuterà insieme l'importanza del danno; nella maggior parte dei casi, ed anche secondo l'intenzione de'contraenti la prestazione sarà limitata da una mera *aestimatio rei*, onde il *lucrum cessans*, e qualunque altro danno mediato sarà pretermesso.

2) Se l'obbligo è poi direttamente imposto dalla legge, si starà senz'altro alle sanzioni di essa, ma anche in questo caso generalmente è considerata la *vera rei aestimatio* (d).

3) Se l'obbligazione pel risarcimento del danno nasce da fatti illeciti, devesi prestare qualunque siasi danno, tranne quello prodotto da circostanze straordinarie non prevedibili, e ciò non solo quando vi è stata la

(b) Ved. §. 44. not. kk. — confr. anc. L. 33. locat. (19. 2.).

(c) L. 21. §. 2. L. 22. ad leg. Aquil. (9. 2.). *Ulp.* Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit, quum occideretur, an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? Et hoc iure utimur, ut eius, quod interest, fiat aestimatio. — L. 13. pr. de act. emt. (19. 1.).

(d) Ved. L. 45. de contr. emt. (18. 1.). — L. 13. §. 1. de act. emit. vend. (19. 1.). — L. 19. §. 1. fin. L. 33. fin. loc. (19. 2.). *Afric.* . . . . . . Nam et si colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo probibetur, quem tu prohibere, ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur; sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem, aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere, aut reddere debebis. — L. 112. de legat. (30.). — L. 25. §. 2. fin. ad SC. Trebell. (36. 1.).

determinata volontà di produrre il danno, ma anche quando questo è soltanto prodotto dalla colpa. Onde si è obbligati al rifacimento del danno positivo e negativo (e), e del danno mediato, cioè di quello ch'esiste pel concorso di differenti e speciali contingenze: p. e. chi uccide un cavallo di una quadriga è tenuto non solo al danno del cavallo ucciso, ma ancora alla diminuzione di prezzo che segue per gli altri animali (f).

4) Il *quantum* del rifacimento quando l'obbligo si rappresenta come accessorio di un'altra obbligazione, e la cui inosservanza o imperfetta esecuzione lo genera, fu da Giustiniano ristretto al doppio dell'obbietto dell'obbligazione principale come massimo.

Queste regole, applicate allora che il giudice fissa la quantità del rifacimento sulle pruove dell'attore, sono inutili quando a causa del dolo o della contumacia del debitore può concedersi allo stesso creditore di determinare per via di giuramento (estimatorio) la quantità degl'interessi, poichè in questo caso la coscienza dell'attore surroga le regole accennate la quale trova il limite nella tassazione del giudice (g).

Il giuramento è ammesso solamente per dolo o contumacia del debitore (h) nelle azioni dirette alla restituzione o esibizione (i); ovvero non

(e) L. 29. §. 3. ad L. A. (9. 2.). *Ulp.* Item Labeo scribit, si quum vi ventorum navis impulsa esset in funes ancorarum alterius, et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo, nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. Sed ubi damni iniuria agitur, ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, quum incertum fuerit, an caperentur. Idemque et in venatoribus, et in aucupibus probandum.

(f) L. 21. L. 22. §. 1. L. 23. ad leg. Aqu. (9. 2.).—§. 10. Inst. eod. (4. 3.). Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum peremti corporis aestimationem habendam esse secundum ea, quae diximus, sed eo amplius, quidquid praeterea peremto eo corpore damni vobis allatum fuerit, veluti si servum tuum heredem ab aliquo institutum antea quis occiderit, quam iussu tuo adiret; nam hereditatis quoque amissae rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadriga equorum unum occiderit, vel ex comoedis unus servus occisus fuerit, non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt.— L. 1. pr. L. 13. de act. emt. vend. (19. 1.).— L. 8 de evict. (21. 2.).

(g) L. 1. 2. 3. 4. L. 5. §. 1. de in litem iur. (12. 3.). *Paul.* Interdum quod intersit agentis, solum aestimatur, veluti quum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur: quum vero dolus, aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem iuraverit actor. — L. 18. pr. de dolo malo (4. 3.).—L. 3. §. 2. ad exhib. (10. 4.).—L. 22. §. 14. C. de iur. dot. (6. 30.).

(h) L. 2. §. 1. L. 4. §. 4. de in lit. iur. (12. 3.).—Ved. not. prec.—L. 2. C. cod. (6. 30.).— L. 18. §. 1. de dol. malo (4. 3.).

(i) L. 18. pr. cod.—L. 68. de R. V. (6. 1.). — L. 3. §. 2. ad exh. (10. 4.).—L. 3. §. 2. comm. (13. 6.). — L. 48. §. 1. loc. (19. 2.). — L. 25. §. 1. sol. matr. (24. 3.). — L. 7. pr. de adm. tut. (26. 7.). — L. 15. §. 7. 9. quod vi (43. 24.).—L. 2. pr. *Paul.* Sive nostram quis petamus, sive ad exhibendum datur.

potendosi dal giudice determinare l'obbietto della obbligazione, si ammette il giuramento in lite come mezzo sussidiario di pruova (k).

Dal risarcimento del danno si distingue la pena quale obbietto di obbligazione, e consiste nell'infliggere, indipendentemente dalla riparazione del diritto violato, in forza di un delitto un pregiudizio nel patrimonio di qualcuno in favore del danneggiato. La differenza ch'esiste tra questo obbietto di obbligazione ed il risarcimento del danno consiste massimamente in questo, che il risarcimento riguarda un danno emergente o lucro cessante, sia che fosse immediato o mediato, e opera un ritorno dei subbietti nello stato primiero; laddove la pena opera un cambiamento nel patrimonio dei subbietti, val dire un aumento nel patrimonio del creditore, e una diminuzione in quello del debitore.

La obbligazione con pena privata può nascere da privati delitti, o dalla legge, e fonda un'azione penale che non si trasmette agli eredi (§. 86 pag. 358).

La pena si può stipulare ancora per convenzioni, ed allora si appellerà propriamente pena convenzionale, la quale va soggetta ad altre regole che verranno trattate a suo luogo.

§. 322.

III. Dei subietti della obbligazione, e della obbligazione correale e solidale in ispecie.

T. Inst. de duobus reis stipulandi et promittendi, (3. 16.); — D. de duobus constituendis. (45.2.);—C. de duobus reis stipulandi. (8. 40.).;—Nov. 99.—*Becher*, de natura et indole correalis obligationis Rost. 1739.— *Donelli*, tract. de duobus reis ved. opp. IX. pag. 1255. — *Savigny* , diritto delle obbligazioni §. 15. SS. — *Ribbentrop* , teoria delle obbligazioni correali.

I. Ogni obbligazione suppone assolutamente due snbbietti cioè un creditore e un debitore. Il vincolo giuridico può essere di natura che stabilisce il diritto da parte del creditore, e la obbligazione dirassi unilaterale; o può fondare una reciprocità tra i subbietti, di modo che la obbligazione determini diritto ed obbligo per entrambi le parti, sicchè ognuno dal suo canto sotto un certo rapporto è creditore e debitore, ed una tale obbligazione è appellata bilaterale. Tra queste dne specie di obbligazioni una ve n'ha, che partecipa dell'una e dell'altra, cioè un legame giuridico, il quale fonda una obbligazione unilaterale, ma in determinate circostanze sorge un diritto da parte del debitore, e quindi un obbligo pel creditore, e da

(k) Ved. vol. I. §. 35. pag. 405.

unilaterale addiviene bilaterale: una tale obbligazione è detta bilaterale ineguale.

II. Quantunque generalmente si dice un legame obbligatorio avere un creditore ed un debitore, pure vi può esser un concorso di subbietti sì da un lato che dall'altro, o più creditori rispetto ad un sol debitore e viceversa, ovvero più creditori e debitori da entrambe le parti.

Anche rispetto ad una tale contingenza possiamo avere differenti caratteri di obbligazione.

A. In sulle prime è possibile che la pluralità nei subbietti apparentemente rappresenti una sola obbligazione, ma che in fondo vi sieno tante obbligazioni quanti sono i subbietti, e che ad ogni creditore o debitore corrisponda una speciale obbligazione.

La unità apparente della obbligazione sotto una moltiplicità di subbietti dipende da una tal quale connessione in cui le molte obbligazioni sono tra loro: p. e. quando molti stipulano o promettono qualche cosa di divisibile, ovvero quando vi esistono più eredi di un creditore in una obbligazione divisibile, in cui molti debitori sono condannati o hanno il diritto di pagare *pro rata*, e in fatti l'unità della obbligazione non v'è che nella origine, in fondo è moltiplicità di obbligazioni.

B. All'incontro vi può essere una moltiplicità di subbietti dall'una e dall'altra parte, in maniera che tutti si considerano come un sol creditore rispetto ad un sol debitore, ossia il legame obbligatorio che unisce quei diversi subbietti riguarda un solo obbietto, una sola obbligazione; onde ciascuno dei debitori è obbligato per l'intiero, e ogni creditore può domandare il tutto, estinguendosi la intera obbligazione quando si è pagato da un solo dei molti debitori ad un solo dei più creditori. In rapporto ai subbietti questa obbligazione è come l'alternativa rispetto all'obbietto, ed è conosciuta col nome di obbligazione correale; i creditori sono appellati *correi stipulandi*, e *correi debendi* i debitori (a).

Perchè si potesse stabilire con chiarezza il carattere giuridico di questa obbligazione bisogna innanzi tutto riconoscere nella natura della obbligazione correale tre cose: prima la identità dell'obbietto, in secondo luogo la moltiplicità dei subbietti, ed infine la doppia relazione dei subbietti

(a) Pr. Inst. h. t. Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat: *spondeo:* ut puta quum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat: *utrique vestrum dare spondeo;* nam si prius Titio spoponderit, deinde, alio interrogante, spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: *Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?* si respondeant singuli separatim: *spondeo*. L. 116. de V. O. (45. 1.). — L. 71. de fideiuss. (46. 1.). — L. 16. de accept. (46. 4.). — L. 34. §. 1. de solut. (46. 3.).

medesimi, cioè col contenuto o con la essenza della obbligazione, che possiamo appellare obbiettiva, ed il rapporto dei diversi subbietti tra loro, che diremo relazione subbiettiva. Quando si è concepita a questa maniera la obbligazione correale, possiamo dedurre le seguenti conseguenze:

1) Una volta avvenuto il pagamento rispetto a uno dei subbietti, si estingue la intera obbligazione anche rispetto agli altri; è da avvertire però che non si voglia comprendere il pagamento come l'atto del singolo che in realtà paga, ma come un avvenimento il quale toglie via la obbligazione, e per conseguenza quando questo avvenimento avviene anche nella persona di un *correus*, la esistenza della obbligazione medesima è distrutta anche per gli altri; in simil guisa una mancanza positiva, di cui un *correus* si rende colpevole rispetto la comune obbligazione, nuoce agli altri, come pure una interruzione di prescrizione da parte di uno dei *correi credendi* ha efficacia assolutamente contro tutti (b).

2) Dall'altra parte sebbene il rapporto dei diversi subbietti rispetto all'obbietto della obbligazione fosse identico per tutti, pure le relazioni meramente personali possono essere diverse, e ciò tanto fin dalla origine della obbligazione medesima, quanto dopo. Questo principio si rileva essere possibile nella obbligazione correale che un *correus* sia *pure* e l'altro creditore o debitore *sub conditione;* che uno sia creditore o debitore principale e l'altro accessorio (c); che un avvenimento qualunque, il quale distrugga il rapporto meramente personale di uno dei *correi* senza toccare menomamente la obbligazione, risolverà relazioni personali tra lui e gli altri *correi*, ma non distruggerà nel medesimo tempo la obbligazione; che quando uno dei *correi* è messo in mora, gli altri non hanno i pregiudizii della mora medesima; finalmente quando un *correus* eredita l'altro, non entra affatto confusione, ma nella persona dell'erede si distingue la sua e la obbligazione ereditata (d).

La obbligazione correale ha molte origini:

1) Essa è fondata per mezzo di stipulazione (f).

(b) L. 18. h. t. *Pomp.* Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet. — L. ult. C. h. t.

(c) §. 2. Inst. h. t. Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem vel sub conditione obligari potest; nec impedimento erit dies aut conditio, quo minus ab eo, qui pure obligatus est, petatur. — L. 7. 9. §. 2. h. t. L. 1. §. 8. de obl. et act. (44. 7.).

(d) L. ult. h. t. — L. 32. §. 4. de usur. (22.1.). — L. 73. de R. I. (50.17.). — L. 5. de fideiuss. (46. 1.). — L. 93. de solut. (46. 3.). — L. 13. h. t. *Venul.* Si reus promittendi alteri reo heres extiterit, duas obligationes eum sustinere dicendum est; nam ubi quidem altera differentia obligationum esse possit, ut in fideiussore et reo principali, constitit, alteram ab altera perimi; quum vero eiusdem duae potestatis sint, non potest reperiri, alteram potius, quam alteram consummari; ideoque etsi reus stipulandi heres extiterit, duas species obligationis eum sustinere.

(f) Pr. §. 1. Inst. h. t. Ex huiusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debe-

2) Si fonda simile obbligazione per mezzo di testamento, specialmente quando il testatore comanda che uno o l'altro dei suoi eredi desse un legato; in questo caso gli eredi gravati sono debitori correali rispetto al legatario (g). Per converso, se il testatore ingiungesse all'erede di pagare il legato o a Caio o a Sempronio, questi addivengono creditori correali, poichè secondo una decisione di Giustiniano in questo caso il legato dovrebbe esser diviso tra i due legatarii (h).

3) Nasce una vera obbligazione correale con l'azione *de peculio, quod iussu, de in rem verso, exercitoria* e *institoria*, rispetto al padre in qualità di mandante, ed al figlio in qualità di mandatario (i).

4) Quando da un comune animale, o da uno schiavo comune si è prodotto un danno che dia origine ad una *actio noxalis*, i comproprietarii saranno obbligati quali debitori correali; ciò accade anche quando il possessore nella *interrogatio in iure* si dà a conoscere come proprietario, poichè egli in unione col vero proprietario dell'animale o dello schiavo è obbligato come un debitore correale (k).

5) Molti *argentarii* in rapporto agli affari concernenti la loro industria in comune, sia che fossero stati intrapresi da tutti, o da uno, si rappresentano secondo le circostanze come *correi debendi* o *stipulandi* (l).

6) Finalmente fino ad un certo punto per la indivisibilità dell'obbietto una obbligazione può dirsi correale (§. 319).

C. Simile, ma non identica, alla correale è l'obbligazione solidale; anche in questa il creditore non può pretendere che una sola volta il pagamento, e quindi, quando fu soddisfatto interamente anche da un solo dei debitori, gli altri ne vengono liberati. In questo sol punto, o in ogni altro modo di soddisfazione è la solidale simile alla obbligazione correale, nel resto vi è sostanziale differenza, imperciocchè in questa obbligazione

tur, et promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo, omnium perimit obligationem, et omnes liberat. — L. 4. h. t.

(g) L. 8. §. 1. de legat. (30.). *Pompon.* Si ita scriptum sit: *Lucius Titius heres meus, aut Maevius heres meus decem Seio dato*, cum utro velit, Seius aget, ut, si cum uno actum sit, et solutum, alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent. Quid ergo, si ab altero partem petierit? Liberum ei erit ab alterutro reliquum petere; idem erit, et si alter partem solvisset. — L. 25. de legat. (32.).

(h) L. 4. C. de V. S. (6. 38.).

(i) Ved. vol. II. §. 123. sq. — *Savigny*, o. c. pag. 209.

(k) L. 1. §. 14. 15. si quadr. pauper. (9. 1.). — L. 8. de nox. act. (9. 4.). — L. 7. 8. 14. de interr. iniur. (11. 1.).

(l) L. 9. pr. 25. pr. 27. pr. de pact. (2.14.). *Paul.* Si plures sint, qui eandem actionem habent, unius loco habentur. Ut puta plures sunt rei stipulandi vel plures argentarii, quorum nomina simul facta sunt, unius loco numerabuntur, quia unum debitum est. — L. 38. pr. de recept. (4. 8.).

non ogni avvenimento che riguarda la obbiettiva esistenza della obbligazione, come nell'altra, distrugge la obbligazione medesima; e quindi una positiva mancanza di uno dei debitori solidali, che pure riguarda la obbiettiva esistenza della obbligazione, non produrrà lo scioglimento della medesima rispetto agli altri subbietti, nè valgono le medesime regole intorno alla prescrizione o alla interruzione della medesima. Una sostanziale differenza avviene anche in rapporto alla *consumtio* processuale, imperocchè, dedotta la obbligazione correale in giudizio, è consumata l'azione medesima rispetto a tutti; mentre nella solidale con la controversia giudiziale contro uno dei debitori non è dedotta nel medesimo tempo *in iudicium* la obbligazione degli altri, ma questi allora sono liberati quando in realtà il creditore è stato soddisfatto. In fine nella obbligazione solidale vi è moltiplicità di obbligazioni per quanti sono i subbietti.

Una obbligazione solidale è fondata in questi casi:

1) Quando più persone hanno commesso assieme un delitto, sono tenuti *in solidum* al risarcimento del danno (m).

2) È lo stesso per le relazioni dei diversi tutori, appena uno di essi si faccia reo di colpa (n). Lo stesso si dica di molti magistrati, i quali in molti rapporti tra loro sono considerati egualmente come i contutori (o).

3) È fondata anche una obbligazione solidale quando molti debitori si rendono colpevoli verso la medesima obbligazione. Questo è il caso di molti mandatarii che hanno assunto l' obbligo di aver cura di un affare, e sono stati negligenti; di molti depositarii, i quali si assumevano la responsabilità delle cose depositate, o molti comodatarii ed inquilini che insieme si rendono colpevoli di colpa o di una *omissio negligentiae* (p). In tutti questi casi l'obbligo è solidale, ma non nel medesimo tempo il diritto, stantechè molti deponenti, locatori ecc. hanno il diritto di essere soddisfatti, ma *pro rata;* e quando un simile pagamento è impossibile, si può, pre-

(m) L. 1. §. 4. de eo per quem fact. (2. 10.). *Ulp.* Si piures dolo fecerint, omues teneutur; sed si uuus praestiterit poenam, ceteri iiberautur, quum uibil intersit.—L.14. §. 15. L. 15.quod met. caus. (4. 2.). — L. 17. pr. de dolo (4. 3.). — L. 5. de nox. act. (9. 4.). — L. 3. 4. si mens. fals. mod. (11. 6.). — L. 1. de cond. furt. (13. 1.).

(n) L. 1. §. 43. depos. (16. 3.). — L. 18. §. 1. L. 42. de admin. tut. (26. 7.). *Papinian.* Qui plures tutores habuit, uuum, qui soivendo uou fuit, ratiouem actus sui vetnit reddere; quoniam eius iiberatio, quod ex tuteia percepit, ant doio contraxit, nou est relicta, contutores, qui suspectnm facere negiexerunt, ex cnipa recte conveniuntur, tutor enim legatarius ex cnipa, quae testamento remissa est, uou teuetur.—L. 1. §. 13. L. 15. 21. de tut. et rat. distrah. (27. 3.).— L. 2. C. de contr. iud. tut. (5. 58.). — Ved. *Savigny*, o. c. pag. 206.

(o) L. 45. de udmin. tut. (26. 7.).

(p) L. 60. §. 2. mand. (17. 1.). *Scaev.* Duobus quis mandavit negotiorum administrationem; quaesitum est, an unusquisque mandati iudicio in soiidum teneatur? Respondi, unumquemque pro soiido conveniri debere, dummodo ab utroque non amplius debito exigatur. — L. 1. §. 43. depos. (16. 3.). — L. 5. §. 15. commod. (13. 6.).

via cauzione, costringere il pagamento di tutto l'obbietto della obbligazione (q).

4) Molti mandatori sono anche obbligati *in solidum*; imperocchè il creditore, quando non è soddisfatto dal debitore, può intentare l'*actio mandati contraria* contro ciascuno dei mandatori *in solidum* (r).

5) Finalmente nell'*actio de effussis et deiectis* molti abitanti di una medesima cosa sono tenuti *in solidum* (s).

Le obbligazioni correali, come si disse, si estinguono per mezzo di qualunque fatto giuridico, che riguarda le obbligazioni medesime; in caso adunque di pagamento, di compensazione, di novazione, accettilazione, giuramento e *consumtio* processuale, la obbligazione correale si estingue anche quando questi fatti sieno stati intrapresi da uno de'molti *correi* (t). All'incontro la obbligazione solidale è estinta per tutti unitamente solo quando è stato soddisfatto il creditore.

III. Stante l'indole tutta diversa della obbligazione correale e solidale si avranno queste diverse conseguenze: quel debitore correale che paga ed estingue la obbligazione anche rispetto agli altri non ha un' azione di regresso, e la ragione è, ch' egli pagando un proprio debito ha estinto per lui tutta la obbligazione, similmente il creditore correale, che ha ricevuto tutto il pagamento, non è obbligato di far parte agli altri *correi credendi*.

Nella obbligazione solidale al contrario il debitore, che ha pagato, deve avere un'azione di indennizzo contro gli altri condebitori solidali; e la ragione è che colui, che soddisfa in solido il creditore, non estingue sola-

(q) L. 1. §. 36. L.14. pr. L. 17. pr. depos. (16.3.).*Gai*. Si plures heredes extiterint ei, qui deposuerit, dicitur, si maior pars adierit, restituendam rem praesentibus. Maiorem autem partem non numero utique personarum, sed ex magnitudine portionum hereditariarum intelligendam, cautela idonea reddenda.

(r) L. 52. §. 3. de fideiuss. (46.1.).*Papinian*. Plures eiusdem pecuniae credendae mandatores, si unus iudicio eligatur, absolutione quoque secuta non liberantur, sed omnes liberantur pecunia soluta.

(s) L. 1. §. 10. L. 2. 4. de his, qui effund. (9. 3.). *Ulp*. Si plures in eodem coenaculo habitent, unde deiectum est, in quemvis haec actio dabitur.

(t) L. 7. §. 1. de except. (44. 1.). — L. 2. h. t. L. 28. §. 1. 3. L. 4. 2. §. 1. 2. de iurei. (12. 2.).—L. 31. §. 1. de nov. (46. 2.). *Venule*. Si duo rei stipulandi sint, an alter ius novandi habeat, quaeritur, et quid iuris unusquisque sibi acquisierit. Fere autem convenit, et uni recte solvi, et unum iudicium petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione perimi utrisque obligationem; ex quibus colligitur, unumquemque perinde sibi acquisiisse, ac si solus stipulatus esset, excepto eo, quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulantis est, amittere debitorem potest. Secundum quae si unus ab aliquo stipuletur, novatione quoque liberare eum ab altero poterit, quum id specialiter agit, eo magis, quum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus; alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem, isque ab eo stipulatus fuerit, aut mulier fundum iusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi, doti eum promiserit? nam debitor ab utroque liberabitur.

mente la propria, ma anche obbligazione degli altri; e così, operando in interesse degli altri, non gli si potrà mai negare per l'indennizzo l'*actio negotiorum gestorum*. Questa regola soffre eccezione tutte le volte che la obbligazione solidale nasce da un comune delitto, poichè non si potrà far parola di azione di regresso (u).

Del resto notammo come nella stessa obbligazione correale i subbietti possono avere tra loro differenti rapporti, e mentre rispetto allo oggetto la relazione è una sola, rispetto alle persone può essere molteplice, ossia è possibile che tra i *correi credendi* e i *debendi* vi fossero altri legami giuridici, quale p. e. un mandato, una cessione, un contratto di società, intercessione, ed in fine che la obbligazione stessa apportasse un immediato vantaggio a tutti i subbietti. In questi casi la natura di queste speciali relazioni esistenti tra i contraenti potrà solo dare origine ad una misura anche per una azione di regresso, la quale non sarà quindi l'effetto della obbligazione correale, ma del mandato, della società ecc. (w). Del resto, quando vi è il caso che per mezzo del pagamento fatto da uno dei *correi*, l'altro resterebbe arricchito a spese di colui che ha pagato, il solvente avrà sempre il *beneficium cedendarum actionum*.

ANNOTAZIONE

I rapporti dei subbietti nella obbligazione solidale e correale diedero campo a molte controversie dai Glossatori fino ai nostri giorni, e specialmente si quistionava, se, fatto il pagamento da uno dei correi, fosse fondato per lui l'azione di regresso; ed una tale controversia è tanto più dibattuta, in quanto non si sono mai con molta precisione distinti i caratteri della obbligazione correale e della solidale. Pare oramai che generalmente si sia seguito la opinione di *Bulgaro* che nega l'azione di regresso, salvo poche eccezioni. Dall'altra parte non è stata di poco peso il punto di vista di un'altra scuola che volea stabilita per equità un'azione di regresso (v); sebbene la maggioranza dei giureconsulti ritenga la teoria di *Bulgaro* (x).

(u) L. 11. §. 1.2. L. 51. §. 1.ad leg. Aquil. (9.2.).*Ulp*. Sed si plures servum percusserint, utrum omnes, quasi occiderint, teneantur, videamus; et si quidem apparet, cuius ictu perierit, ille, quasi occiderit, tenetur; quod si non apparet, omnes, quasi occiderint, teneri Iulianus ait. Et si cum uno agatur, ceteri non liberantur, nam ex lege Aquilia quod alius praestitit, alium non relevat, quum sit poena.

(w) L. 62. ad leg. Falc. (35.2.).—L.2.C. h. t.—§. 4. Inst.h. t.—L.39.de fideius. (46.1.).—L. 11. C.eod. (8.41.).*Alexand*. Quum alter ex fideiussoribus in solidum debito satisfaciat, actio ei adversus eum, qui una fideiussit, non competit. Potuisti sane, quum fisco solveres, desiderare, ut iura pignoria, quod fiscus habuit, in te transferretur, et si hoc ita factum est, cessis actionibus uti poteris. Quod et in privatis debitis observandum est.

(v) Ved. Glassa ad L. 2. C. de duob. reis,— *Glück*, IV. p. 528.— *Sell*, giorn. di *Giessen*, III. pag. 370. IV. pag. 528.

(x) *Thibaut*, sist. §. 138. — *Schweppe*, comp. §. 374. — *Mühlenbruch*, §. 492. — *Haimberger*, §. 542.— *Puchta*, Pand. §. 235. — *Mühlenbruch*, cessione pag. 468.— *Arndts*, pand.

Secondo il carattere giuridico che abbiamo riconosciuto nella obbligazione correale, ci siamo decisi assolutamente per la comune opinione. Non sapremmo vedere fondata per equità l'*actio negotiorum gestorum*, supponendo necessariamente che il gestore di affari operi in un affare altrui, per utile di un terzo, mentre è essenziale carattere della obbligazione correale che il correo solvente, operando unicamente per una obbligazione propria, non paga affatto in nome altrui. La opinione di *Savigny* che i giuristi romani hanno resa cedevole l'*actio negotiorum gestorum* per casi nei quali non si operava in interesse altrui, e che non bisogna mettere importanza al fatto solo del pagamento, ma all'estensione ed al complesso di tutto l'affare giuridico non ha fondamento: imperciocchè i casi citati dal dotto giurista rilevano che il gestatore di affari dovesse operare almeno per un negozio giuridico comune, cioè dove un altro avesse già una parte determinata (y), mentre nella obbligazione correale il correo che paga scioglie una obbligazione tutta sua, e quant'anche ci dovessimo elevare al di sopra del semplice fatto del pagamento, pure in questa regione più elevata non riconosciamo che una sola obbligazione della quale ognuno dei correi è il subbietto non di parte, ma di tutta la obbligazione (z).

Dall'altra parte le testimonianze delle leggi non potrebbero essere più chiare a questo riguardo (aa). Una difficoltà di qualche rilievo ci vien mossa per la legge 2 C. h. t. la quale così si esprime: « Creditor prohiberi non potest exigere debitum, quum « sint duo rei promittendi eiusdem pecuniae, a quo velit, et ideo si probaverit te con« ventum in solidum exolvisse, rector provinciae iuvare te adversum eum, *cum quo* « *communiter pecuniam accepisti* non cunctabitur. » Considerando in fatti con non molta attenzione questa legge, ci è da dubitare sulla esattezza della nostra opinione; ma non è così, quando si consideri attentamente la costituzione imperiale, cioè il caso quando due in comune hanno ricevuto una somma. In questo fatto ognuno de'debitori ha ricevuto un immediato vantaggio ed è giustificata un'*actio in factum* per l'indennizzo, poichè senza di esso il correo liberato per il pagamento fatto dall'altro resterebbe arricchito a spese altrui.

Le altre leggi opposte contro la teoria che difendiamo sono di pochissimo rilievo, giacchè in esse è detto che ciascuno dei tutori, magistrati, locatori di una casa ha contro gli altri un'azione d'indennizzo, ammesso che non sia in dolo (bb). Ora per chi considera appartenere quei casi alla obbligazione solidale e non alla correale sparisce ogni difficoltà.

Questa controversia ha preso un'altra forma trattata da *Savigny*, il quale è convinto che la via tenuta dai sostenitori dell'una e l'altra opinione è falsata, e per conseguenza egli ritenta la via da un altro punto di vista.

Due parti essenziali possiamo distinguere nell'argomentazione di *Savigny*. In primo luogo in ogni obbligazione correale sarebbero fondati i motivi di una forzata

§. 213. — *Vangerow*, §. 573. — *Bucher*, diritto delle obblig. §. 117. — *Schroter*, giornale di Giessen VI. 12. — *Dedekind*, de exc. divis. Gott. 1853.

(y) L. 31. §. 7. de negot. gest. (3. 5.). — L. 6. §. 2. L. 19. §. 2. com. div. (10. 3.).

(z) *Savigny*, o. c. pag. 237.

(aa) L. 62. pr. ad L. Falc. (35.2.). §. 4. Inst. de fidei. (3.20.).— L. 39. de fideiuss. (46.1.).— L. 11. C. eod. (8. 41.).

(bb) L. 30. de negot. gest. (3.5.).—L. 1. §. 14. 15. 20. de tut. et rat. distr. (27.3.).—L. 4. C. de in lit. dan. tut. (5. 44.).—L. 2. C. de contr. iud. tut. (5. 58.).—L. 4. de his qui eff. (9. 3.).

cessione; ed in fatti se il creditore fosse restio a cedere la sua azione al correo che ha pagato il tutto, si verrebbe a negargli un'azione di regresso che ad ogni modo non potrà a lui recar pregiudizio, e quindi il correo solvente per mezzo di una *exceptio doli* potrà costringere il creditore a cedergli la propria azione; a questo proposito il dotto giurista si poggia su molte leggi (cc). In secondo luogo in tutti i casi di una forzata cessione nel nuovo diritto romano è riconosciuta una presunta cessione nella forma di una *utilis actio*, come si rileverebbe dalla leg. 1. §. 13. 14. de tut. (27. 3.) e L. 2. C. de duobus reis (8. 4.) e perciò questa azione fittizia in ogni caso sarebbe l'azione di regresso che il debitore solvente eserciterebbe contro gli altri *correi debendi*.

La prima parte di questa argomentazione non presenta a primo aspetto difficoltà di sorta, e pare che potesse essere sostenuta facilmente; ma pure considerando meglio il carattere della cessione, non si potrebbe così facilmente ammettere come a prima vista sembra; di vero la cessione forzata delle azioni è un beneficio (*beneficium cedendarum actionum*), un *ius* singolare, il che significa che senza una speciale determinazione, e fuori i casi tassativamente dati dalla legge non possiamo estenderlo a nostro beneplacito, anche ammettendo che nella liberazione di un correo avvenuta per il pagamento fatto dall'altro correo ci sia il medesimo fondamento: quel tale motivo ci potrà servire a spiegare casi esistenti di cessione forzata, ma non nel medesimo tempo ad estendere un diritto singolare.

Delle leggi citate una sola potrebbe dare un certo peso, ed è la legge 47 *locati*; ma chi non scorge in questo frammento il caso quando i due correi hanno ricevuto un immediato vantaggio dall'affare conchiuso? La L. 1. §. 13. 14. *tutelae* non fa al caso nostro, poichè qui è quistione di obbligazione solidale non di correale. In rapporto alla legge 65 *de evictionibus* si potrebbe, secondo *Savigny*, per mezzo di un *argomentum a contrario* ricavare un principio generale per la cessione dell'azione in ogni obbligazione correale, dal perchè *Papiniano* in questo frammento nega la cessione dell'azione, *quia non duo rei facti proponerentur*. Ma dal contesto di tutta la legge si scorge bene la giustificazione di quella frase, senza venire nel medesimo tempo a quella conseguenza. E di vero *Papiniano* vuol provare che nel caso stabilito nel frammento è impossibile la cessione dell'azione, giacchè la obbligazione è divisa, stantechè ciascuno dei due coeredi si è obbligato per la metà non per il tutto, e per conseguenza nega il *beneficium cedendarum actionum*, mancando l'unico fondamento per il medesimo, cioè che il creditore avesse un'azione da cedere. Al più da questa legge di *Papiniano* si può dedurre che nella obbligazione correale è possibile il beneficio in discorso, ma non seguita assolutamente che in ogni obbligazione correale esso debba aver luogo.

Del resto a voler ammettere il *beneficium cedendarum actionum* per ogni ob-

(cc) L. 65. de evict. (21. 2.). *Papinian*. Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt; quum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit; quaerebatur, an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat propter indivisam pignoris causam, nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, praestarentur, quia non duo rei facti proponerentur, sed familiae erciscundae iudicium eo nomine utile est; nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua duntaxat portione, quum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri. — L. 47. locati (19. 2.). — L. 13. de loc. (4. 65.). — L. 1. §. 13. 14. de tut. (27. 3.).

bligazione correale, vi è un forte motivo in favore, tutte le volte che si voglia transigere con la severità dei principii; ma estendere il beneficio medesimo anche al caso che il debitore non lo chiegga, ammetterlo come finzione di cessione avvenuta e nella forma di una *utilis actio* è dare a questo beneficio una eccessiva estensione; poichè secondo il *Savigny* quel debitore correale che paga senza far uso del suo beneficio, avrebbe ciò non pertanto la *utilis actio* contro gli altri *correi debendi* in forza di una presunta cessione.

Che le azioni utili sieno state ammesse per ogni caso di così detta necessaria cessione è problematico (dd), e già nelle leggi troviamo la confutazione di tale opinione, negando esse una tale azione utile al fideiussore, qualora non avesse domandato del *beneficium cedendarum actionum* (ee). È vero che *Savigny*, credendo che i fideiussori tra loro non dovrebbero essere considerati come debitori correali, ne volle spiegare la ragione, ma ciò non è provato, e generalmente è ritenuto il contrario; di fatti, ammesso che la obbligazione di ciascuno dei fideiussori sia identica con quella del debitore principale, bisogna che siano identiche anche quelle dei fideiussori.

A questa controversia è simile l'altra cioè se al debitore correale compete il *beneficium divisionis*.

Niuno contrasta che nel diritto anteriore non vi era parola di un tale beneficio, essendochè lo stesso era tassativamente determinato per alcuni casi. Esso fu introdotto dall'*epistola Divi Hadriani* per molti fideiussori, quale surrogato della legge *Furia de sponsu* non applicabile ad essi (ff): Giustiniano lo riconobbe fin dal principio per molti mandatarii *ad exemplum fideiussorum*, lo determinò per molti tutori e magistrati, finalmente lo estese a molti costituenti (gg).

La controversia si riduce a questo, se Giustiniano per mezzo della Novella 99 abbia esteso il beneficio medesimo a tutti i debitori correali. Con la Nov. 4 Giustiniano stabilì il *beneficium excussionis* pei fideiussori, mandatarii e costituenti, e sanciva che il creditore deve chiamare prima il debitore principale, in caso che questi non è solvibile, o non paga tutto, allora può rivolgersi contro i fideiussori, e che se il debitore principale è assente, il giudice potrà dare al fideiussore un perentorio. A questa si rannoda la Novella 99, sul vero carattere e sulla estensione della quale vi è animata controversia fin dal tempo dei Glossatori.

Di tante e svariate opinioni che acquistarono un qualche grado di probabilità, una ve n'ha che oggi si può chiamare comune, che crede parlare la Novella in discorso di ogni obbligazione correale fondata per via di contratto. Ciò premesso, la Novella conterrebbe due principii nuovi, cioè che per via di contratto allora può essere fondata una obbligazione correale, quando i debitori espressamente si obbligano in *solidum*, ed in secondo luogo, quando è costituita una tale obbligazione correale, a ciascuno dei correi compete il *beneficium divisionis* (hh). Questa opinione

(dd) Ved. *Mühlenbruch*, cessione §. 43. 44.

(ee) L. 17. 39. de fideiuss. (46. 1.). *Modest.* Ut fideiussor adversus confideiussorem suum agat, danda actio non est; ideoque si ex duobus fideiussoribus eiusdem quantitatis, cum alter electus a creditore totum exsolverit, nec ei cessae sint actiones, alter nec a creditore, nec a confideiussore convenietur. — L. 11. C. eod. (8. 41.).

(ff) §. 4. Inst. de fideiuss. (3. 20.). — L. 26-28 de fideiuss. (46. 1.). — *Gai.* Inst. III. §. 121. 122.

(gg) L. ult. C. de const. pec. (4. 18.). — L. 1. §. 11. de tut. et rat. (27. 3). — L. 7. de mag. cav. (27. 8.). — L. 3. C. eod. (5. 75.).

(hh) *Ribbentropp*, pag. 116. — *Schroter*, pag. 438. — *Puchta*, §. 235. — *Arndts*, §. 215.

si fonda esclusivamente sulla parola greca αλληλεγγύως, la quale è tradotta per qualunque obbligazione correale, mentre secondo la sua etimologia (ἀλλήλως e ἐγγύη) parrebbe volesse corrispondere piuttosto ad una vicendevole fideiussione; al più essa potrebbe benissimo rapportarsi al significato di obbligazione correale, quando in ogni obbligazione di questa natura si contenesse una vicendevole fideiussione, il che non si può fermamente asserire. Oltre a ciò non si vedrebbe la ragione, perchè in questo luogo Giustiniano esigerebbe la parola in *solidum* per fondare una obbligazione correale e non sarebbe più sufficiente la forma che egli stesso determina nelle Istituzioni (ii). Dippiù quello che più si oppone a questa opinione è la idea che per mezzo del *beneficium divisionis* si annulla perfettamente il concetto di obbligazione correale.

Più conforme al vero sembra la opinione sostenuta dal *Donello* cioè che la Novella 99 abbia il suo valore quando molti debitori correali nel medesimo tempo vicendevolmente si garantiscono (kk). Questa opinione tanto più sembra conforme al vero, in quanto che le parole stesse della Novella in quistione possono benissimo conformarvisi. Alcune considerazioni sul carattere giuridico della obbligazione correale e le conseguenze di questa opinione ci trattengono di ammetterla. Imperciocchè, sebbene si è creduto esser stato questo caso trattato dagli stessi gireconsulti romani, esprimendosi così Papiniano: *reos promittendi vice mutua fideiussores non inutiliter accipi convenit*, e *Savigny* affermi non essere improbabile che Giustiniano nella Novella avesse avuto in considerazione quel frammento (ll), pure sembra molto singolare che in una sola *obbligazione*, qualcuno si costituisca principale debitore e nel medesimo tempo fideiussore; in secondo luogo si domanderebbe quale vantaggio o interesse vi sarebbe sia da parte del creditore, sia dal lato del debitore? in terzo luogo non si vedrebbe la ragione perchè Giustiniano fosse stato obbligato a fare una legge speciale per un caso tanto singolare che non avverrà certamente spesso negli usi della vita? Resta a vedere se le espressioni di *Papiniano reos promittendi* fossero identiche con le altre *duo rei promittendi*, che dinotano veramente i debitori correali; a noi sembra che volessero significare piuttosto molti condebitori, il che è differente dal concetto dei debitori correali (mm).

In rapporto alle altre opinioni esse sono tante e così svariate che riuscirebbe oltremodo difficile enumerarle e considerarle tutte. In fatti alcuni vanno tant'oltre da considerare la Novella applicabile ad ogni sorta di obbligazione, esclusa quella che nasce da un delitto (nn). Altri vogliono considerare nella Novella in discorso molti confideiussori i quali si obbligano per un terzo (oo); altri in fine considerano che la Nov. non parli propriamente di obbligazioni correali, ed essa allora può essere applicabile quando molti debitori espressamente si garantiscono a vicenda, ed in questa vicendevole fideiussione si ha una obbligazione solidale (pp).

Non si potrà giungere ad un conveniente risultato se non si esamina parte a parte la Nov. in discorso.

(ii) Pr. §. 1. Inst. h. t.

(kk) Ved. *Donell*. comm. iur. civ. IX. pag. 1295. — *Ronchengallus*, de duob. reis. const. ad leg. 3. §. 1. n. 101. ss. — *Savigny*, pag. 282.

(ll) Ved. L. 11. pr. h. t. — *Savigny*, op. c. pag. 283. nom.

(mm) L. 1. h. t.

(nn) *Shveppe*, §. 274. — *Seuffert*, §. 228. — *Valett*, §. 451. — *Mühlenbruch*, §. 492.

(oo) *Rochengallus*, o. c. — *Eedekind*, de except. div. Gott. 1853.

(pp) Ved. *Glück*, IV. pag. 527. not. 87. 88.

In questa novella costituzione si richiedono due cose:

1) Che molti con contratto si costituiscano debitori in guisa che per ciascuno dei condebitori si abbia un materiale vantaggio, e quindi il legislatore aveva in mente il caso quando molti insieme contraggono un mutuo per tutti vantaggioso, cioè come Giustiniano stesso afferma, bisogna che vi sia un *commune debitum*; ciò messo, tutta la legge è informata dal principio che un debito il quale pesa su tutti, non aggravasse la condizione di un solo: *et non commune debitum proprium cuiuspiam fieri onus.*

2) In secondo luogo fa mestieri che ciascuno prenda sopra di sè il debito degli altri, ovvero è bisogno vi sia una vicendevole malleveria, giacchè etimologicamente la parola αλληλεγγύοι o ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι dinota il caso di molti debitori i quali a vicenda si garantiscono (qq), secondo la *Vulgata: alterna fideiussione obligati.* Di qui la differenza tra la Novella 4. e la 99., giacchè la prima non tratta se non del caso di molti fideiussori, l'altra tratta del caso quando molti debitori si prestino vicendevolmente fideiussione, essendosi nel medesimo tempo debitore principale per il suo, ed accessorio per il debito altrui.

Considerati questi requisiti, si tenga presente il caso quando molti hanno contratto un prestito e ciascuno ha garentito la obbligazione degli altri condebitori, si possono avere nello spirito della Novella due combinazioni.

La vicendevole malleveria può avvenire senza la convenzione che ciascuno si obblighi in *solidum*, per questo caso non vi era bisogno di una novella legge, potendo essere applicata la Novella 4. sulle relazioni tra debitori e fideiussori; secondo la quale in seguito del *beneficium excussionis* l'azione può essere diretta contro ciascuno dei debitori *pro rata: Si quis enim alterna fideiussione obligatos sumat ali« quos, si quidem non adiecit oportere et unum horum in solidum teneri, omnes ex « aequo conventionem teneri.*

È inutile aggiungere, che, quando uno dei debitori è insolvente, il creditore può *ex post* in forza della fideiussione rivolgersi contro gli altri.

In secondo luogo una tal fideiussione vicendevole può essere fatta in modo che ciascuno si determini nel medesimo tempo come debitore del tutto *in solidum*, e perfettamente per questo caso fu scritta la Nov. 99. Un simile caso considerato dal lato della forma ti rappresenta una obbligazione correale, essendosi ciascun debitore fin dal principio costituito *in solidum*; ma considerato nella sua sostanza non è che una intercessione, essendo che ciascuno de'debitori è obbligato principalmente fino all'ammontare della propria quota, e accessoriamente per le altre parti. Stante adunque la singolarità di questo caso Giustiniano scelse la via di mezzo, ossia non si attenne nè alle determinazioni della obbligazione correale, nè alle decisioni della Novella 4., armonizzando però l'una e l'altra, e concedendo in questo modo un vantaggio per i debitori senza pregiudizio del creditore: *et debitum similiter quidem secundum iustitiae, similiter autem secundum legis*. Tutto ciò vuol dire che quando il creditore chiede la soddisfazione del debito per via di legge, deve convenire assieme tutti i debitori, constatare giudiziariamente la loro solvenza e chiedere dai solvibili la soddisfazione desiderata, il che può farsi nel medesimo processo. In questo caso si scorge di leggieri la differenza che vi è con la vera obbligazione correale, poichè in quest'ultima non solo vi è un solo processo, ma si deve convenire per il

(qq) Ved. *Hermenop*. libr. III. tit. 6. §. 17. — *Iulian*. Epit. Nov. cost. 92. c. 348.

tutto uno dei debitori secondo che crede il creditore, nè questi può essere obbligato a convenire tutt'i debitori.

Se al contrario indipendentemente dalla promessa di obbligarsi *in solidum* vi fosse una vicendevole mallevaria, bisogna distinguere nella persona di ciascun debitore il principale dall'accessorio, e per conseguenza sarebbero necessarii diversi processi, e specialmente quando uno di questi differenti debitori fosse assente, ovvero uno addiviene insolvibile, onde il creditore in nessun caso può contare sopra un solo processo e sopra una sola soddisfazione.

Il risultato adunque sarebbe il seguente; quando più persone hanno contratto un debito, il quale apporti a ciascuna di esse un materiale vantaggio, ed in cui si sono costituiti *correaliter*, le conseguenze nascenti dal carattere giuridico delle obbligazioni correali sono state per mezzo della Novella 99 rese più pieghevoli, costringendo il creditore di convenire insieme tutti i debitori, e condannando il giudice per la soddisfazione tutti coloro che trova solvibili, il che in certo modo può dirsi un *beneficium divisionis* (rr).

§. 323.

1) Della cessione.

T. D. de hered. vel act. vend. (18. 4.).—C. h. t. (4. 39.).—*Donelli*, comm. iur. civil. libr. XV. c. 44; — *a Sande*, de actionum cessione 1623.— *Lenz*, de nominib. et act. cessis. Lips. 1661. — *Mühlenbruch*, teoria della cessione, Greisswald 1817.

Si ha la cessione quando per mezzo di negozii giuridici o per disposizione di legge qualcuno ha la facoltà di esercitare in suo vantaggio una obbligazione altrui.

Questa definizione indica per sè che la obbligazione come tale non può essere trasferita ad un successore singolare come una parte del patrimonio del creditore; imperocchè, consistendo la obbligazione in un legame affatto personale tra il creditore ed il debitore, sciolto quel vincolo, la obbligazione è distrutta nella sua essenza. E di vero non è che sotto questa forma che possiamo immaginare un trasferimento della obbligazione, cioè quando entra un novello creditore in una obbligazione, e crea un novello rapporto tra lui e l'antico debitore, distruggendo quello che vi esisteva (novazione). Una cessione della obbligazione senza distruggere l'antica ripugna al carattere giuridico di questo istituto, salvo che il primo creditore, senza che si sciogliesse dal legame giuridico e senza che il debitore fosse chiamato a dare il suo consenso, permetteva al nuovo creditore di esercitare in proprio vantaggio il suo diritto di obbligazione, onde questi si rappresentava non propriamente come creditore, ma come pro

(rr) *Vangerow*, §. 573. ann. 4.

curatore, e, poichè operava in proprio vantaggio, si disse *procurator in rem suam*.

In questa relazione il cedente si appellò *creditor cedens*, il novello creditore *cessionarius*, e il debitore *debitor cessus*, in guisa che il cessionario, non essendo per sè stesso un successore singolare, e operando in una obbligazione altrui rispetto al *debitor cessus*, vale come procuratore del primo creditore; rispetto poi al cedente il cessionario ha un diritto indipendente e assoluto, il quale poggia sopra un negozio giuridico atto a trasmettere un diritto, quale sarebbe una compera, donazione o una *datio in solutum*.

In questo modo tutte le obbligazioni possono essere cedute, senza che si abbia riguardo alla loro origine, alla differenza del loro contenuto e delle loro conseguenze; e per ciò possono egualmente essere cedute sì le obbligazioni che hanno origine da un delitto, che quelle che sorgono per via di contratto (a); egualmente può essere ceduta una obbligazione naturale così bene, come qualunque altra obbligazione tutelata da un'azione; imperocchè, potendo il cessionario far valere la obbligazione ceduta tanto per via di azione, quanto di eccezione, possono essere cedute (b); ciò naturalmente con la limitazione che una obbligazione naturale ceduta non si può far valere per via di compensazione. Similmente la certezza o incertezza della obbligazione non è un ostacolo alla cessione, e per conseguenza può essere ceduta una obbligazione *sub conditione*, come qualunque altra puramente stabilita, quella il cui obbietto è incerto o indeterminato, una obbligazione alternativa anche quando la facoltà di scegliere è da parte del creditore. Finalmente la cessione non è impedita quando la obbligazione ha la sua ragione di essere in un negozio giuridico, il quale per sè stesso non può essere trasferito, e quindi possono essere cedute tutte quelle obbligazioni, le quali nascono da un *ius singulare* o un privilegio, come sarebbe p. e. *l'auxilium in integrum restitutionis* (c).

Questo principio, quantunque fosse così generalmente fondato, ha ciò non di meno le sue modificazioni; perciocchè vi sono obbligazioni le quali non possono essere cedute, e ciò sia per principio generale di diritto, sia per particolari disposizioni di legge.

1) Non possono essere cedute secondo i principii generali di diritto:

a) Il concetto giuridico della cessione mena alla conseguenza, che non si cede il complesso di rapporti obbligatorii, invece si cedono alcuni

(a) L. 7. §. 1. commod. (13. 6.). — L. 35. §. 4. de contr. emt. (18. 1.). — L. 31. pr. de act. emt. vend. (19. 1.). — L. 38. §. 1. de solut. (46. 3.). — L. 14. pr. L. 80. fin. de furt. (47. 2.).

(b) Ved. L. 40. 64. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 17. h. t. — *Mühlenbruch*, o. c. pag. 251.

(c) L. 3. C. de donat. (8.53.). — L. 5. 17. h. t. L. 24. pr. de min. (4. 4.).

diritti nascenti dai rapporti medesimi. E di vero la cessione non trasmette al cessionario il complesso dei rapporti di una società, di un mandato, o di una locazione ecc.; ma gli concede le azioni *pro socio, mandati, locati* ec. che sarebbero spettate al cedente.

Se altrimenti fosse, ed il cessionario entrasse nel complesso de'rapporti della società, del mandato ecc., il mandatario, l'altro socio potrebbero far valere contro il cessionario i proprii diritti, e per conseguenza a lui sarebbero trasferiti non solo i diritti, ma ancora gli obblighi (d).

b) Similmente non possono essere cedute quelle obbligazioni le quali non sono nel nostro patrimonio, inutile sarebbe per conseguenza la cessione di un'azione popolare, e delle così dette *actiones vindictam spirantes* prima della *litis contestatio,* non essendo ancora *in bonis nostris,* nè dopo, appartenendo alle *actiones litigiosae* (e).

c) Sono egualmente escluse dalla cessione quelle obbligazioni, le quali sarebbero del tutto cambiate in essenza o anche annullate, se dovessero tornare a vantaggio di un altro, anzichè del vero ed originario creditore; appartengono a queste obbligazioni, il più delle volte le prestazioni di servigi, quelle degli alimenti, le obbligazioni per la costituzione di una servitù ecc. (f).

2) Le obbligazioni non possono essere cedute per legge nei seguenti casi:

a) Non possono essere cedute le obbligazioni al più potente, essendo fatta nel proposito di rendere peggiore la condizione del debitore (g).

b) Per disposizione di Giustiniano non possono essere cedute, neppure terminata la tutela, al tutore le obbligazioni contro il pupillo, o al curatore quelle contro il minore (h), purchè la obbligazione fosse fondata già prima. Avvenuta una tale cessione proibita, a danno del cedente ed in favore del minore si estingue l'obbligazione (i).

(d) *Mühlenbruch*, pag. 245.

(e) L. 7. §. 1. de popul. act. (47. 23.). *Paul.* Item qui habet has actiones non intelligitur esse locupletior. — L. 12. pr. de V. S. (50. 16.). — L. 28. de iniur. (47. 10.). — L. 32. pr. ad leg. Falc. (35. 2.).

(f) Ved. L. 9. §. 1. de oper. lib. (38. 1.).

(g) L. 2. C. ne liceat. potent. (2. 14.). *Honor.* et *Theod.* Si cuiuscunque modi actiones ad potentiorum fuerint delatae personas, debiti creditores iactura mulctentur. Aperta enim credentium videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores.

(h) Nov. 72. c. 5.—Si vero quis, ut dictum est, curator factus res minoris perscrutatus fuerit, atque effecerit, ut cessiones sibi ipsi vel per donationem, vel per venditionem, vel alio quocunque modo fierent, sciat, omnino irritum esse quod ab eo geritur; nec per se, neć per interpositam personam tale quid faciat, sed illa plane invalida sint, perinde ac si plane non essent facta. Manifestum enim est, si in talem cogitationem veniat, eum omnia ad interitum quidem animae suae, sed ad rerum suarum, quae apparent, utilitatem facturum et administraturum esse.

(i) Nov. 72. c. 5. §. 1.—Ved. *Mühlenbruch.* pag. 393.

c) Finalmente non si possono cedere le azioni litigiose, ossia dalla *litis contestatio* (§. 90); sono eccettuate da questo divieto le obbligazioni contratte per la costituzione della dote o della donazione a causa di nozze, per la divisione della eredità e pei legati (k).

II. La cessione ha origine da una dichiarazione di volontà del creditore, la quale partecipa ad un altro la facoltà di far valere la obbligàzione in proprio vantaggio. Il motivo che a ciò determina il creditore *(causa cessionis)* può essere in generale un utile qualunque per il suo patrimonio; esso può consistere principalmente in un negozio giuridico tendente di trasferire ad un altro le ragioni del creditore, come una compra, una donazione ecc., ovvero in una circostanza, la quale costringe il creditore anche contro sua volontà a cedere le sue ragioni; nel primo caso la cessione dicesi volontaria, necessaria nell'altro. I casi della cessione volontaria sono stabiliti dagli atti stessi quale una vendita, una donazione, una obbligazione, una oppignorazione e così via; i casi al contrario della cessione necessaria, detta altrimenti *cessio legis* sono i seguenti:

1) Quando una obbligazione è stata contratta da un mandatario o gestore di negozii, questi per mezzo dell'*actio mandati* o della *negotiorum gestorum* può essere astretto a cedere l'azione (l).

2) In caso di un *legatum nominis* l'erede è obbligato a cedere al legatario l'azione corrispondente (m).

3) Chi è obbligato a prestare una cosa, è costretto a cedere quelle ra-

(k) L. 4. C. de litigios. (8. 37.). *Iustinian.* Censemus, si quis lite pendente vel actiones vel res, quas possidet, ad alium quendam transtulerit, sive scientem sive ignorantem, vitio litigiosi contractus subiacere; distinctione quadam inter contrahentes observanda, ut, si quis sciens vel ad venditiones vel ad donationes seu ad alios contractus accesserit, cognoscat, se compellendum non tantum rem redhibere, sed etiam pretio eius privari, non ut lucro cedat ei, qui rem alienavit, sed ut etiam alia tanta quantitas ab eo fisci viribus inferatur. Sin autem ignorans rem litigiosam emerit, vel per aliam speciem contractus eam acceperit, tunc irrita rei alienatione facta, pretium cum aliis tertia parte recipiat. Iustum est etenim, propter dolosam mentem et absconditam machinationem, quum non emtori manifestaverit rem in iudicium deductam fuisse, tertia parte pretii, sicut iam disposuimus, eum puniri. Tali videlicet poena non solum in aliis contractibus, verum etiam in donationibus porrigenda, ut vera aestimatione facta, quum pretii datio non est, rem ad alium transferens mulctetur; omnibus instrumentis, quae super hoc conficiuntur, nullam vim obtinentibus. Exceptis videlicet huius sanctionis dispositione his, qui vel dotis nomine vel ante nuptias donationis vel transactionis aut divisionis rerum hereditariarum factae, vel per legati vel fideicommissi causam tales res vel actiones dederint vel acceperint.

(l) L. 8. §. ult. L. 10. §. 1. L. 27. §. 5. mandati (17. 1.). *Gai.* Si mandatu meo Titio credideris, et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris; sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id duntaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.

(m) 44. §. 6. L. 75. §. 3. L. 82. §. 5. L. 105. de legat. (30). *Ulp.* Legatum ita erat: *quae Lucius Titius mihi debet, ea heres meus Cornelio dare damnas esto;* nihil amplius ex hoc legato, quam actiones suas heres praestare debet.

gioni che si fondano sulla cosa medesima, così il venditore è obbligato a cedere al compratore l'*actio legis Aquiliae, actio furti* etc.; l'erede è obbligato a cedere al legatario l'*actio legis Aquiliae*, se l'oggetto legato fosse stato danneggiato prima che l'erede fosse entrato nella eredità (n).

4) Chi verso qualcuno è obbligato al risarcimento per aver danneggiato una cosa, o per dispersione della stessa, può farsi cedere le azioni concernenti la cosa medesima anche che fosse stato in dolo; se uno è obbligato per la corruzione di un servo, può dal proprietario farsi cedere l'azione per riavere il servo medesimo (o).

5) Colui il quale secondo i più rigorosi principii del diritto è obbligato a pagare un debito, che in realtà non è suo, ovvero non è tutto suo, può farsi cedere dall'attore l'azione (p). Del resto in questo caso è necessario che chi pagava si facesse cedere l'azione prima del pagamento, ovechè se pagasse prima, estinguendosi la obbligazione per mezzo del pagamento, non ci sarebbe più azione da cedere; in ogni caso non è indispensabile che si effettuisse la cessione, basta a questo proposito la dichiarazione di voler chiedere la cessione (q).

5) Finalmente chi è obbligato alla cessione deve nel medesimo tempo cedere tutte le ragioni che alla obbligazione corrispondono: come la restituzione in intiero, ovvero i diritti accessorii dati per garentirla (r).

La facoltà altrui concessa di far valere la obbligazione, e specialmente d'intentare l'azione non ha bisogno di una forma speciale. Essa può esser

(n) L. 1. pr. L. 13. §. 12. de act. emt. vend. (19. 1.). *Ulp.* Item si quid ex operis servorum, vel vecturis iumentorum, vel navium quaesitum est, emtori praestabitur, et si quid peculio eorum accessit, non tamen, si quid ex re venditoris. — L. 14. pr. de furtis (47. 2.). — L. 15. pr. ad leg. Aquil. (9. 2.).

(o) L. 6. §. 4. nautae caup. (4. 9.). *Paul.* Possumus autem furti, vel damni iniuriae actione uti cum nautis, ut certi hominis factum arguamus; sed una contenti esse debebimus. Etsi cum exercitare egerimus, praestare ei debemus actiones nostras, quamvis ex conducto actio adversus eos competit exercitare. — L. 3. §. 1. de trib. act. (14. 4.). — L. 25. fin. locati (19. 2.). — L. 12. de re iud. (42.1.) — L. 53. §. 3. de furtis (47. 2.). — L. 14. §. ult. de serv. corrupt. (11.3.).

(p) L. 47. locat. (19. 2.). — L. 19. qui pot. in pign. (20. 4.). *Scaev.* Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum, et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio, heredes instituit; creditor, quum posset heredes convenire idoneos, ad fundum venit; quaero, an, si ei iustus possessor offerat, compellendus sit, ius nominis cedere? Respondi, posse videri non iniustum postulare. — L. 1. §. 13. 18. de tut. et rat. distr. (27. 3.). — L. 17. 41. §. 1. de fideiuss. (46. 1.). — L. 95. §. 10. de solut. (46. 3.).

(q) L. 76. de solut. (46. 3.). *Modest.* Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne, quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, quum nulla actio superfuerit; quodsi ante solutionem hoc factum est, vel quum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset, mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones, quum novissimo quoque casu pretium magis mandatarum actionum solutum, quam actio, quae fuit, perempta videatur. — confr. L. 36. de fideiuss. (46. 1.).

(r) L. 24. pr. de min. (4. 4.). — L. 14. pr. 23. h. t. — Ved. *Mühlenbruch*, o. c. §. 27.

data tacitamente per mezzo del negozio giuridico, che contiene il motivo della cessione, essendovi la intenzione di concedere il pieno esercizio della obbligazione; se in questo caso quell'atto giuridico avesse bisogno di una forma esterna, di requisiti speciali, la validità della cessione dipende dalla validità di quell'atto. Una tale dichiarazione di volontà crea un mandato *ad agendum* nella persona del cessionario, donde il nome di *actio mandata* data all'azione ceduta; quello che egli adopera per far valere l'azione dicesi adunque *actio mandata*. Dall'altra parte anche senza un determinato *mandatum ad agendum* si può nell'ultimo diritto far valere in proprio vantaggio la obbligazione, specialmente quando qualcuno per mezzo di un negozio giuridico si fosse obbligato a cedere la obbligazione, mentre in realtà non ha reso l'altro contraente *procurator in rem suam*, il quale senza aver ricevuto direttamente mandato, può con i medesimi effetti procedere contro il debitore come se realmente fosse stato fatto *procurator;* per la qual cosa egli opera con un'*actio utilis* invece che con l'*actio mandata*. Lo stesso si dica per molti dei casi di cessione necessaria. Nella cessione non richiedesi l'assenso del debitore.

III. Quanto alle conseguenze della cessione è bisogno premettere che il cessionario è un *procurator in rem suam*, e per conseguenza il cedente, rispetto sempre al debitore, rimane, non ostante la cessione, il vero creditore della obbligazione. Nasce da tutto ciò:

1) Che anche dopo la cessione il creditore cedente può usare del suo diritto contro il debitore. Questa circostanza nascente dal diritto del creditore, vien resa innocua dalla notifica della cessione avvenuta fatta dal cessionario al *debitor cessus* (s). In virtù di un tale atto il debitore non potrà più fare un valido pagamento al creditore cedente, nè in forza di un negozio giuridico con lui conchiuso pregiudicare la obbligazione ceduta, mentre dall'altra parte contro le pretensioni del cedente si cautela con una eccezione (t).

2) Dall'altro lato il cessionario rispetto al *debitor cessus* ha sempre il carattere di *procurator*, ma che opera in proprio vantaggio, e perciò è in *rem suam;* per la qual cosa egli si rappresenta come lo stesso cedente,

(s) L. 4. C. quae res pign. (8. 17.). — L. 3. C. de nov. (8. 42.). *Gordian.* Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveras actiones, tamen, antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris, et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere. Quodsi delegatione facta iure novationis tu liberatus es, frustra vereris, ne eo, quod quasi a cliente suo non faciat exactionem, ad te periculum redundet, quum per verborum obligationem voluntate novationis interposita, debito liberatus sis. — confr. L. 17. de transat. (2. 15.).

(t) L. 16. pr. de pactis. (2. 14.). — L. 18. pr. de pign. act. (13. 7.).

così facendo valere la obbligazione (u), ossia con gli stessi diritti e vantaggi, quantunque fondati in diritti singolari (w), e dall'altra parte anche limitate dalle eccezioni che il debitore poteva opporre allo stesso cedente, purchè fondate prima di darsi notifica della avvenuta cessione (v). I diritti speciali riguardanti la persona del cessionario non possono cambiare il contenuto della obbligazione in proprio vantaggio, quant'anche avessero avuta origine dall'esercizio della obbligazione medesima; una eccezione è riconosciuta per il fisco (x).

3) Finalmente quanto alle relazioni tra il cedente ed il cessionario, questi ha un posto totalmente indipendente come qualunque altro contraente; il complesso di queste relazioni si rilevano dall'atto giuridico che contiene il motivo della cessione. Regolarmente il cedente è responsabile verso il cessionario per la esistenza e validità della obbligazione, *verum nomen esse*, ma non per la bontà della medesima *bonum nomen esse* (y); salvo che questa responsabilità non si contenesse nella *causa cessionis* (z).

(u) L. 8. C. h. t. (4. 39.). *Diocl.* et *Maxim.* Ex nominis emtione dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis secundum ea, quae pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur.

(w) L. 23. pr. h. t. L. 6. 7. C. de O. et A. (4. 10.). — L. 14. C. de fedeinss. (8. 41.). *Gordian.* Mandati actio personalis est. Quae si nomine fideinssoris vel adversus debitorem seu heredes eius competit, praeses provinciae, quae deberi compererit, reddi iubebit. Pignora etenim, quae reo stipulandi nexa fuerunt, ita demum ad vos transeunt, si facta nominis redemtione solutio celebrata est, vobisque mandatae sunt actiones. Quod si factum est, ea quoque vobis persequentibus adversus possessores extraordinariam iurisdictionem idem vir clarissimus impertiet. — confr. L. 6. D. h. t. L. 2. de cess. bon. (42. 3.). — L. 24. pr. de min. (4. 4.). — L. 43. de usur. (22. 1). — L. 2. C. de his. qui in prior. loc. (8. 19.).

(v) L. 70. §. 2. ad SC. Trebell. (36. 1). — L. 17. de trans. (2. 15.). *Papinian.* Venditor hereditatis, emtori mandatis actionibus, cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit; si emtor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accommodanda est. Idem respondendum est et in eo, qui fideicommissam recepit hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegit. — confr. L. 175. §. 1. L. 177. de R. I.

(x) L. 6. pr. de iure fisci (49. 14.). *Ulp.* Fiscus, cum in privati ius succedit, privati iure pro anterioribus suae successionis temporibus utitur; ceterum posteaquam successit, habebit privilegium suum. Sed utrum statim atque coepit ad eum pertinere nomen, an vero posteaquam convenit debitorem, an posteaquam relatum est inter nomina debitorum, quaeritur; et quidem usuras exinde petit fiscales, etsi breviores debeantur, ex quo convenit certum debitorem et confitentem. At in privilegio varie rescriptum est; puto tamen exinde privilegio esse locum, ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est. Quodcunque privilegii fisco competit, hoc idem et Caesaris ratio, et Augustae habere solet. — confr. L. 17. §. 6. de usur. (22. 1.).

(y) L. 4. 5. h. t. L. 30. de pign. (20. 1.). — L. 74. §. 3. de evict. (21. 2.). *Hermog.* Qui nomen, quale fuit, vendidit, duntaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit, et dolum praestare cogitur.

(z) L. 31. pr. act. de emt. vend. (19. 1.). — L. 18. §. 3. de donat. (39. 5.) — L. 75. §. 1. 2. de leg. (30). — L. 4. 5. h. t. *Ulp.* Si nomen sit distractum, Celsus libro nono Digestorum scribit, locupletem esse debitorem, non debere praestare; debitorem autem esse, praestare, nisi

Del resto il cedente non deve porre ostacolo che il cessionario esercitasse i diritti di obbligazione, anzi, per quanto è in lui, deve cercare di facilitarlo. Finalmente ha l'obbligo di restituire al cessionario tutto ciò che riceverà dal debitore in forza della obbligazione ceduta (aa) (1).

III. Una importante modificazione riguardante gli effetti della cessione fu introdotta da una legge di Anastasio, conosciuta nelle scuole col nome di *lex Anastasiana* ed estesa da Giustiniano. Essa determina che, avvenendo la cessione in forma di vendita, il compratore non deve convenire il *debitor cessus* per una somma maggiore di quella sborsata al cedente. Questa decisione non si modifica in caso che la obbligazione fosse in parte venduta, ed in parte donata, ovvero tutta la vendita fosse stata fatta in forma di un'apparente donazione. Operandosi contro la legge la obbligazione è estinta in favore del debitore.

La pruova della somma pagata spetta al cessionario dal momento che egli presenta il contratto di compera come causa della cessione.

Le cessioni in favore dei coeredi legatarii, e fedecommessarii nel caso che si cedano diritti comuni ereditarii, la cessione di un credito invece di pagamento, quelle dei crediti inerenti alla cosa oppignorata fatta al possessore di un pegno per tutelare il proprio diritto non sono comprese nella legge Anastasiana (bb). Per analogia si sono volute estendere quelle

aliud convenit. — *Paul.* Et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit. Sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor, si incertae, et nihil debeat, quanti intersit emtoris.

(aa) L. 6. 14. pr. L. 23. pr. §. 1. h. t. *Paul.* Qui filiifamilias nomina vendidit, actiones quoque, quos cum patre habet, praestare debet.

(bb) L. 22. 23. pr. §. 1. C. mand. (4. 35.). *Anast.* Per diversas interpellationes ad nos factas comperimus, quosdam, alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare, hocque modo diversas personas litigatorum vexationibus afficere, quum certum sit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle. Per hanc itaque legem iubemus, in posterum huiusmodi conamen inhiberi (nec enim dubium est, redemtores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt), ita tamen, ut, si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum eius actiones exercere permittatur, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit; exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit, et his, quascunque vel creditor vel is, qui res aliquas possidet, pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione accepit, nec non his, quas in legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictae sunt, pro his fieri necesse sit. Nulla etenim tali ratione intercedente redemtor, sicuti superius declaratum est, magis exsistit, qui alienas pecuniis praestitis subiit actiones. Sin autem per donationem cessio facta est, sciant omnes, huiusmodi legi locum non esse, sed antiqua iura esse servanda, ut cessiones tam pro exceptis et specialiter enumeratis, quam aliis causis factae seu faciendae secundum actionum, quaecunque cessae sunt vel fuerint, tenorem sine quadam imminutione obtineant. — confr. L. 24. eod. *(lex restituta).* — *Iustinian.* Ab Anastasio divae memoriae principe iustissima constitutio conscripta est, tam humanitatis quam benivolentiae plena, ut ne quis alienum subeat debitum ces-

eccezioni anche al caso delle obbligazioni che non consistono in una somma ovvero che consistono in cose non comprate singolarmente, ma con una *universitas rerum*, e a quelle obbligazioni di cui l'obbietto fin dal principio era incerto.

ANNOTAZIONE

(1) I giureconsulti che si spinsero fin nei più minuti particolari dei rapporti giuridici tra il cessionario e il *debitor cessus* non hanno potuto evitare qualche controversia di una certa importanza, e specialmente si quistionava quale eccezioni il debitore *cessus* possa opporre al cessionario.

Dal carattere giuridico della cessione si è dedotto che il cessionario rispetto al debitore, facendo valere una obbligazione altrui, è un vero *procurator*. Quindi per regola generale tutte le eccezioni che il debitore poteva sperimentare contro il cedente può far valere contro il cessionario, altrimenti per mezzo della cessione, qualora il debitore non potesse opporre al cessionario le medesime eccezioni che avea contro il cedente, si renderebbe peggiore la sua condizione.

Quantunque questo principio fosse di una incontrastabile evidenza, pure fa d'uopo accettare qualche modificazione. Innanzi tutto bisognerà ammettere che quelle eccezioni contro il cedente, nate dopo la denunzia fatta al debitore non possono pregiudicare il cessionario; imperocchè come dopo questo tempo il debitore, pagando al cedente, non può essere liberato dalla obbligazione, così non può intraprendere col primo creditore nessun atto che possa pregiudicare la condizione del cessionario. In secondo luogo fa mestieri ammettere nella modificazione del principio quelle eccezioni puramente processuali, le quali sarebbero fondate se il giudizio fosse stato condotto dalla stessa persona del cedente.

Questo principio tanto corrispondente al carattere giuridico della cessione è stato riconosciuto dal tempo de'Glossatori fino ai nostri giorni (cc). Pur tuttavia le

sione in eum facta, et ne amplius a debitore consequatur bis, quae praestitit cessionis auctori, exceptis quibusdam casibus, qui specialiter illa sanctione continentur. Sed quum hi, qui circa lites morantur, eandem piam dispositionem in sua natura remanere minime concesserunt, invenientes machinationem, ut partem quidem debiti venditionis titulo transferant in alium creditorem, reliquam autem partem per coloratam cedant donationem, generaliter Anastasianae constitutioni subvenientes sancimus, nulli licere partem quidem debiti cedere pecuniis acceptis et venditione actionum habita, partem autem donationis titulo videri transferre; sed, si voluerit, debitum totum pure donare, et per donationem actiones transferre, hoc non occulte, nec per artes clandestinas pecunias suscipere, publice autem simulatam donationem celebrare, sed undique puram et non dissimulatam facere donationem; huiusmodi enim cessionibus non adversamur. Si quis autem occulte aliud quidem agere conatur, et pecunias pro parte accepit et vendidit particulatim actiones, partem autem donare simulat vel ipsi, qui emtionem actionis subiit, vel forsitan alii per suppositam personam (quia et hoc saepius perpetratum esse didicimus), huiusmodi machinationem penitus amputamus, ut nihil amplius accipiat, quam ipse vero contractu re ipsa persolvit; sed omne, quod superfluum est et per figuratam donationem translatum, inutile esse ex utraque parte censemus, et neque ei, qui cedit actiones, neque ei, qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri vel remanere, vel aliquam contra debitorem vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem.

(cc) Ved. Glossa ad 4. §. 28. de doli mali exc. — *Franke*, Archiv. civile XVI. pag. 419. — *Puchta*, §. 661. — *Mühlenbruch*, o. c.

opinioni non sono concordi, e, prescindendo dalla opinione che bisognerebbe distinguere se si facesse valere le obbligazioni per mezzo dall'*actio utilis* o dall'*actio mandata*, opinione che non può esser sostenuta dietro i suesposti principii, e prescindendo ancora dalla distinzione a noi menzionata nelle leggi tra eccezioni *personae et rei coherentes*, esamineremo l'unico punto quistionabile, se il debitore potrà opporre contro il cessionario alcune eccezioni speciali, come la *exceptio doli*, la *pacti de non petendo in personam*, e il *beneficium competentiae*.

1) Quanto all'*exceptio doli* si è creduto non potersi opporre dal debitore al cessionario in forza della legge 4. §.27. ss.*de doli malo exceptio* (44.4.).Questa opinione è erronea, e già la glossa con ragione notava che quella legge non facesse parola di cessione, ma piuttosto risponderebbe alla questione: *an de auctoris dolo exceptio emtori obiiciatur?* Dato p. e. che Tizio trasmetta una cosa a Caio, che si rende colpevole di dolo nell'atto dell'acquisto; questi vende la cosa medesima a Sempronio, se la cosa medesima per un motivo qualunque ritorna a Tizio, si domanda se questi può opporre una *exceptio doli* a Sempronio, che da lui adesso rivendica l'oggetto, come l'avrebbe potuto contro *auctor* di Sempronio ossia a Caio? Con ragione si risponde negativamente, giacchè è principio fondamentale che per mezzo del dolo dell'acquirente non viene impedito l'acquisto della proprietà, ma fonda un'obbligazione contro colui che si rese colpevole di dolo. Ora se il passaggio della proprietà non è affatto impedito, Caio in dolo, ma proprietario dell'oggetto, può venderlo ad altri, Sempronio per conseguenza per mezzo della compera e della tradizione addiviene proprietario, perciò contro la *vindicatio* di quest'ultimo non può essere opposta la *exceptio doli*, sebbene fondata contro l'antecessore proprietario. Per la qual cosa chi non vede la grande differenza che vi è tra questo caso, e gli effetti della cessione? E di vero il proprietario sperimentando la *rei vendicatio* in nome suo o vogliamo dire in forza di un proprio diritto, non è in alcuna attinenza con i rapporti di obbligazione del proprietario anteriore; mentre nella cessione il cessionario è un *procurator* rispetto al debitore, e per conseguenza egli sperimenta l'azione personale non in forza di un proprio diritto, ma per il diritto del cedente; quindi dev'essere limitata perfettamente come se si fosse fatta valere dallo stesso creditore cedente, e per conseguenza gli si può opporre con efficacia la *exceptio doli*. Queste ragioni sono di tanto peso, che lo stesso *Mühlenbruch* nella sua aurea monografia sulla cessione ha dovuto modificare la sua opinione (dd) ammettendo la eccezione, che la *exceptio doli* non può essere opposta al cessionario, quando essa non si collega con i rapporti giuridici prodotti in giudizio, eccezione veramente inutile; imperocchè una *exceptio doli*, che non è affatto collegata colla obbligazione in litigio, non può essere opposta neppure al cedente.

2) In rapporto alla *exceptio pacti de non petendo* molti giuristi e lo stesso *Mühlenbruch* credono ch'essa non si possa opporre al cessionario (ee), e vogliono dedurre il principio da certe leggi, le quali in verità parlano di tutt'altro. E di vero nella legge 28 §. 2. *de pactis* si fa la questione se il figlio di famiglia potesse limitare l'azione del padre con un *pactum de non petendo* fatto sopra un diritto di obbligazione sulla base del suo peculio profettizio; ma anche negandosi tal diritto al

(dd) *Mühlenbruch*, cessione 3. ediz. pag. 568.

(ee) Ved. *Mühlenbruch*, cessione 2. edit. doctr. pond. 3. ediz. §. 500. — *Goschen*, recit. §. 382. pag. 37.

figlio di famiglia, non si può da ciò dedurre il principio generale, che il cessionario abbia la facoltà di rifiutare una *exceptio pacti de non petendo* conchiuso dal suo cedente; egualmente nella legge 57 §. 1. eod. è stabilito, che se uno promette di non *petere* per tutta la sua vita, il suo erede potrà benissimo procedere per via di azione; ma non si potrà da questa legge ricavare il principio che il cessionario possa *petere* durante la vita del cedente (ff).

3) Maggior difficoltà presenta il *beneficium competentiae* specialmente quando si fonda sopra rapporti personali tra il creditore ed il debitore, i quali non esistono egualmente tra il cessionario e il *debitor cessus*. Una negativa opinione è sostenuta anche dalla maggior parte di coloro, i quali accettarono la comune opinione in rapporto alle altre eccezioni (gg). L'argomento principale per negare al cessionario il *beneficium* è che esso non modifica, ma è mezzo che si oppone alla esecuzione, nè è fondato prima di essa; quindi non si potrà dire essersi in questo modo pregiudicata la condizione del debitore, poichè a lui non si è tolto nessun diritto che veramente aveva. Secondo noi anche in questo caso non si potrebbe ammettere una eccezione al principio sopra enunciato; imperocchè sia che il *beneficium competentiae* fosse determinato come beneficio di esecuzione o di condanna o di entrambe, è certo che fonda una eccezione per il debitore, eccezione che non è semplicemente processuale, ma diminuendo il diritto del creditore modifica ancora la obbligazione. Ora come il cessionario esercita il diritto del cedente, non gli sarà permesso di sperimentarlo che limitato come in fatto si trova, altrimenti potrebbe esser anche *contra bonos mores:* dato il caso che il figlio facesse convenire un padre bisognoso per mezzo di un cessionario, questi in tal caso non potrà secondo quei giuristi affacciare la *exceptio competentiae*. Va da sè che dopo la morte del cedente la eccezione non può essere opposta al cessionario, come non lo potrà essere neppure contro gli eredi (hh).

Anche difficoltà maggiori si avevano dalla quistione: fino a qual punto il cessionario poteva nell'esercizio della obbligazione avvalersi dei privilegi e dei beneficii del cedente. Anche in questa controversia si distingueva prima se il cessionario esercitasse la obbligazione per mezzo dell'*actio mandata* o per via di *utilis actio*, distinzione che dev'essere rifiutata egualmente come nella controversia antecedente: inoltre si apportò un'altra distinzione *in privilegia causae* e *privilegia personae*, e si negavano questi ultimi al cessionario; ma dal perchè questi ultimi privilegi non si potessero trasmettere agli eredi, non ne segue che durante la vita del cedente non potessero giovare al cessionario; al contrario in tesi generale fa mestieri fermare il medesimo principio, cioè, stante il carattere giuridico della cessione, la obbligazione ceduta debbesi far valere come se fosse esercitata dallo stesso cedente, ossia con tutti i privilegi (ii). Tuttavia bisogna che in rapporto a questo punto si accettino le seguenti modificazioni.

1) Tutti quei privilegi, i quali sono di natura puramente processuali, e che per conseguenza non sono affatto in relazione con la obbligazione ceduta, non possono giovare al cessionario: dato p. e. che pel cedente vi fosse il privilegio di convenire il debitore innanzi al suo foro, o uno *de non appellando*, ovvero è privilegiato in

(ff) *Mühlenbruch*, 3. ediz. pag. 599.— *Franke*, pag. 424.
(gg) Ved. *Mühlenbruch*. op. c. 591 — *Puchta*, recit. §. 284.
(hh) *Ghlick*, com. XVI. pag. 421. — *Vangerow*, §. 575.
(ii) L. 2. 6. h. t. L. 8. C. eod.

rapporto alla prestazione della cauzione, essi rimangono estranei al cessionario, per la ragione che questi, sebbene esercitasse un diritto altrui, pure è un *procurator in rem suam*, ossia conduce il processo in proprio nome.

2) È da fare distinzione inoltre tra privilegi e beneficii puramente personali da quelli i quali sono inerenti alle obbligazioni, in rapporto ai secondi non vi ha difficoltà di sorta; ma in rapporto ai primi bisogna andare fin dove un tale privilegio è in relazione con la obbligazione ceduta; imperocchè dipende da una tale relazione lo stabilire in quale estensione il cessionario potesse usare anche il privilegio del cedente: *in omnibus causis id observetur, ut, ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea, beneficium quoque deficiat.* Perciò se a causa della condizione privilegiata del creditore la obbligazione si estese prima dell'avvenuta cessione, il cessionario, fino a quella estensione può giovarsi del privilegio del cedente. Considerato questo caso nei suoi più minuti particolari, si avranno queste conseguenze:

a) Il fisco ha il diritto di esigere dal suo debitore gl'interessi anche non pattuiti; se il fisco cedesse una tale obbligazione, è chiaro che per il tempo prima della cessione il cessionario può pretendere anche questi interessi non stipulati, ma non per il tempo dopo la cessione, per la ragione che al cessionario non compete propriamente il privilegio del fisco, ma un diritto in concreto già stabilito. Certamente la legge 43 *de usuris* (22. 1) pare volesse riuscire ad una diversa conseguenza: « Herennius Modestinus respondit, eius temporis, quod cessit, postquam fiscus debitum » percepit, eum, qui mandatis a fisco actionibus experitur, usuras, quae in stipu» latu deductae non sunt, petere posse. » Questa legge dovrebbesi intendere a questa guisa. Il fisco, succedendo nella eredità di qualcuno, trova un mutuo senza interessi, e cede più tardi questo diritto di obbligazione ad un altro; ora si domanda se il cessionario potesse ripetere gl'interessi per il tempo dopo la successione del fisco. A questa domanda vien risposto affermativamente; ma il giurista romano non pensava che al tempo tra la successione del fisco e la cessione ad un terzo, non al tempo dopo la cessione. Un tale risultato è oggi fuori questione, si tratta solamente che molti vorrebbero modificare il testo aggiungendo un *non* innanzi a *petere*, ed a questa modificazione pare che si trovino concordi anche le Basiliche (kk); ma considerando che in questo punto il passo delle Pandette è visibilmente alterato nelle Basiliche, l'autorità di questo fonte di diritto scema di molto (ll).

b) Vi son molti casi in cui il *privilegium exigendi* è dato per la qualità personale del creditore, si domanda se il cessionario potrà giovarsi di questo privilegio. A voler stare alle determinazioni della legge 42 *de adm. et peric. tut.* (26. 7) si dovrebbe rispondere negativamente: « Ex pluribus tutoribus in solidum unum tuto» rem iudex condemnavit: in rem suam iudicatus procurator datur, *privilegium pu*» *pilli non habebit*, quod nec heredi pupilli datur: non enim causae, sed personae » succurritur, quae meruit praecipuum favorem. »

Questa legge ha dato motivo a molte interpretazioni; indipendentemente da coloro che fanno la distinzione in *beneficia causae* et *personae*, distinzione che in fondo ha qualche cosa di vero, ha fatto molta impressione la opinione del *Mühlenbruch*, il quale interpreta il passo citato a questa guisa: la legge in discorso nega il bene-

(kk) Ved. Basil. lib. XXIII. tit. 3. fragm. 43.

(ll) Ved. *Heimbach*, schol. 1. tom. II. pag. 717. — *Mühlenbruch*, o. c. pag. 582.

ficio al cessionario, perchè in quel caso particolare il cedente non può avere interesse ad usare quel beneficio; sicchè in fondo si accetta il principio che quando il cedente fosse direttamente interessato, tali privilegi si trasmettono anche al cessionario: però questo punto di vista non è affatto adombrato nella legge citata, perciò quella opinione non si potrebbe ammettere facilmente. Per altro, stando al nostro principio, il passo di *Papiniano* non offre difficoltà. Divero, quando si considera che per tale beneficio la obbligazione rimane la stessa, e non si fonda un diritto in concreto per il cedente, e che esso consiste precipuamente nel dare al privilegiato creditore la possibilità di avere una preferenza in caso di concorso, il beneficio deve essere negato al cessionario. Dall'altra parte chiedesi, se il cessionario nell'esercizio della obbligazione ceduta potrà giovarsi de' suoi privilegi. Se ci mettiamo dal punto di vista del nostro principio: cioè che il cessionario esercita una obbligazione altrui, e che non ostante i suoi privilegi, la obbligazione ceduta rimane in qualità e quantità la medesima, dobbiamo rispondere negativamente. Dall'altro lato il cessionario esercita le obbligazioni altrui, ma nel suo proprio interesse e per conseguenza tutti quei beneficii e privilegi del cessionario che trovansi in rapporto con tale esercizio, senza alterare il diritto altrui ceduto, debbonsi a lui concedere nell'esercizio della obbligazione medesima; onde il cessionario minore può servirsi del *beneficium in integrum restitutionis* per una lesione avvenuta a tale riguardo nel tempo dopo la fatta cessione (mm).

B. Cambiamento nella persona de' debitori.

§. 324.

Concetto e specie della intercessione in generale.

Si ha l'intercessione quando una persona mediante un atto prende sopra di sè un debito altrui. Secondo quella definizione adunque la intercessione conviene che abbia i seguenti elementi:

1) Che l'intercedente prenda sopra di sè un debito altrui e addivenga egli stesso un debitore. Per la qual cosa non appartengono al concetto della cessione i seguenti casi: a) quando si paga immediatamente un debito altrui, ovvero si dà una cosa propria in pagamento di un debito non suo (a); b) quando si delega il proprio debitore al creditore di qualcuno (b); ovvero quando si cede un diritto di pegno (c).

(mm) Ved. L. 7. §. 2. L. 38. de minor. (4. 4.).—*Vangerow*, §. 575.

(a) L. 4. §. 1. L. 5. ad SC. Velleiun (16. 1.). *Gai.* Nec interest, pecuniam solvendi causa numeret, an quamlibet suam rem in solutum det; nam etsi vendiderit rem suam, sive pretium acceptum pro alio solvit, sive emtorem delegavit creditori alieno, non puto Senatusconsulto locum esse. — L. 1. 4. in fin. C. eod. (4. 29.).

(b) L. 8. §. 5. eod. *Ulp.* Plane si mulier intercessura debitorem suum delegaverit, Senatusconsultum cessat, quia, etsi pecuniam numerasset, cessaret Senatusconsultum; mulier enim per Senatusconsultum relevatur, non quae deminuit, restituitur.

(c) L. 8. pr. eod. *Ulp.* Quamvis pignoris datio intercessionem faciat, tamen Iulianus libro

2) In secondo luogo è necessario che il debito fosse altrui, ossia che intercedente addivenga debitore invece di altri, e perciò o prende il posto dell'antico debitore, ovvero dà sicurezza per la obbligazione di quest'ultimo (d). Costituendo questo un elemento essenziale, non si avrà intercessione quando qualcuno si assume il rischio di una intrapresa.

3) In terzo luogo v'ha bisogno di un negozio giuridico conchiuso col creditore, onde non vi sarà intercessione quando qualcuno prenda sopra di sè un debito non proprio mediante successione universale, o per mezzo della compra di una eredità, o promettendo ad un altro di pagare il suo debito (e).

La intercessione è o privativa o comulativa, la prima si ha quando qualcuno si assume il debito altrui, e l'intercedente prende il posto del primo debitore; ha luogo l'altra quando l'intercedente, senza che l'antico debitore uscisse dal legame obbligatorio, si mette accanto a lui, di guisa che il creditore potrà rivolgersi contro l'uno o contro l'altro.

Sono casi della intercessione privativa.

1) La *expromissio*, e sotto questo nome comprendiamo il caso quando l'intercedente, escludendone il debitore entra in un legame obbligatorio già esistente, è lo stesso quando qualcuno a nome di un altro accetta un compromesso, o quando in una controversia giuridica si rappresenta come il difensore di un altro (f). Questa forma d'intercessione è anche una specie di novazione (§. 355).

2) La *interventio* la quale consiste in ciò, che l'intercedente prende su di sè un obbligo, il quale non è ancora fondato per un altro, ma che sarebbe stato fondato senza l'intervento dell'intercedente (g).

duodecimo Digestorum scribit, redditionem pignoris, si creditrix mulier rem, quam pignori acceperat, debitori liberaverit, non esse intercessionem. — L. 1. 21. C. eod.

(d) L. 2. §. 5. L. 15. 17. ad SC. Vell. (16. 1.). *Ulp.* Sed etsi mulier defensor alicuius extiterit, procul dubio intercedit; suscipit enim in se alienam obligationem, quippe quum ex hac re subeat condemnationem. Proinde neque maritum, neque filium, neque patrem permittitur mulieri defendere.

(e) L. 13. pr. eod. *Gai.* Aliquando, licet alienam obligationem suscipiat mulier, non adiuvatur hoc Senatusconsulto; quod tum accidit, quum prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipiat, ut ecce si ancilla ob pactionem libertatis expromissore dato post manumissionem id ipsum suscipiat, quod expromissor debeat, aut si hereditatem emerit, et aes alienum hereditarium in se transcribat, aut si pro fideiussore suo intercedat.

(f) L. 32. §. 2. de recept. (4. 8.). *Paul.* Si mulier alieno nomine compromittat, non erit pecunia compromissa propter intercessionem.—L. 2. §. ult. ad SC. Vellei. (16. 1.).—confr. L. 10. §. 1. de in rem. verso (15. 3.). — L. 23. de solut. (46. 3.).

(g) L. 8. §. 14. ad SC. Vellei. (16. 1.). *Ulp.* Si quum essem tibi contracturus, mulier intervenerit, ut cum ipsa potius contraham, videtur intercessisse; quo casu datur in te actio, quae instituit magis, quam restituit obligationem, ut perinde obligeris eodem genere obligationis, quo mulier est obligata, verbi gratia, si per stipulationem mulier et tu, quasi ex stipulatu convenieris. — confr. L. 2. §. 1. L. 11. 12. 29. pr. eod.—L. 4. 19. C. ad SC. Vellei. (4. 29.).

La intercessione cumulativa ha luogo nei seguenti casi:

1) La malleveria ossia la *fideiussio*, il *constitutum debiti alieni*, il *mandatum qualificatum*.

2) La contrattazione di un debito comune (h).

3) La costituzione di un pegno per un debito altrui.

2) In particolare della malleveria.

§. 325.

a) Della fideiussio.

T. Inst. de fideiussoribus (3. 20.). — D. h. t. (46. 1.); — C. de fideiussoribus et mandatoribus (8. 41.).— *Quinet*, de fideiussoribus sec. ius. Rom. Lov. 1825 — *Girtanner*, la malleveria secondo il gius civile comune 1852.

La forma principale della malleveria è la *fideiussio*, la quale è convenzione nella forma di stipulazione per mezzo del quale qualcuno si compromette per la soddisfazione di un debito altrui (a).

Per la qual cosa la fideiussione è una obbligazione di natura accessoria, la quale suppone necessariamente la esistenza di una obbligazione principale (b). Dal carattere giuridico di questo istituto di diritto nascono le seguenti conseguenze:

1) La obbligazione accessoria non può contenere un obbietto diverso da quello della obbligazione principale, altrimenti è nulla (c). Un'applicazione di questo principio è certamente il caso quando la obbligazione principale riguarda un oggetto *simpliciter*, ed il fideiussore alternativamente risponde del medesimo oggetto o di un altro. Per mezzo di questa obbligazione alternativa la condizione del fideiussore secondo le circostanze può essere peggiore o migliore di quella del debitore principale; dato il caso che l'obbietto in *obligatione principali* fosse andato perduto, il fideiussore in forza della sua obbligazione alternativa può essere obbligato a prestare l'altro oggetto della obbligazione accessoria; sarà migliore

(h) L. 17. §. 2. L. 18. ad SC. Velłei. (16. 1).—L. 32. §. 1. eod.—confr. L. 8. pr. eod.

(a) Pr. Inst. h. t. — Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fideiussores appellantur, quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi cautum sit. — L. 1. §. 8. de O. et A. (44. 7.).

(b) §. 5 Inst. h. t. — L. 70. §. 4. h. t.

(c) L. 42. h. t. *Iavol.* Si ita fideiussorem accepero: *quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes?* non obligatur fideiussor, quia in aliam rem, quam quae credita est, fideiussor obligari non potest; quia non ut aestimatio rerum, quae mercis numero habentur, in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce aestimanda est.

la condizione del fideiussore, se l'oggetto della obbligazione principale non può andare perduto, come una obbligazione in danaro, avendo egli nella obbligazione alternativa sempre il diritto di scelta. Dall'altra parte, qualunque sia la condizione del fideiussore, la obbligazione accessoria in questo caso è nulla; imperocchè nella obbligazione alternativa del fideiussore evvi un oggetto, che è totalmente estraneo alla obbligazione semplice principale (d). Un'altra applicazione di questo principio avviene nel caso, quando il debitore principale deve una obbligazione alternativa a sua scelta, e l'accessorio si obbliga per la medesima obbligazione alternativa a propria scelta; anche in questo caso la malleveria dev'essere di nessun momento, *quia futurum esset in eius potestate alium velle, quam reus voluisset* (e). Al contrario quando il diritto di scelta è da parte del creditore, una obbligazione alternativa da parte del fideiussore anche a sua scelta è possibile, poichè resta sempre al creditore di scegliere quell'oggetto che avrebbe scelto il fideiussore (f).

2) Il fideiussore può essere messo *in causam leviorem* non *in duriorem* (g). Da questo principio nascono le seguenti conseguenze. Non si può avere fideiussione:

a) quando il fideiussore si obbliga in più che non il debitore principale;

b) quando nella obbligazione del fideiussore è aggiunto un luogo di pagamento, che non vi è nella obbligazione principale;

c) quando nella obbligazione principale vi è una condizione e una determinazione di tempo, e la obbligazione accessoria è fatta puramente e semplicemente.

Al contrario la fideiussione è valida quando il fideiussore si obbliga in meno; quando invece di una obbligazione alternativa del debitore principale, il fideiussore si obbliga per una obbligazione semplice; quando il

(d) L. 8. §. 8. h. t. *Ulp.* Si quis Stichum slipulalus fueril, fidelussorem ila acceperil: *Stichum aut decem fide tua iubes?* non obligari fideiussorem Inliauus ail, quia durior eius fil couditio, utpote quum fulurum sil, nt mortuo Sticho teneatur. Marcellus aulem notat, nou ideo lantum non obligari, quia in duriorem conditiouem acceptus esl, sed quia el in aliam potius obligationem acceplus est; deniqne pro eo, qui decem promiseril, non polerit fideinssor ita accipi, ut decem aul Slichum promitlal, quamvis eo casu non fil eius durior conditio.

(e) L. 38. pr. h. l.

(f) L. 8. §. 10. b. t. *Ulp.* Coutra autem, si is, qui hominem aut decem, utrum ipse stipulator volet, stipniatus esl, recte fideiussorem ita accipiet: *decem aut hominem, utrum tu voles?* fit enim, inquit, hoc modo fideinssoris condilio melior.

(g) L. 8. §. 7. eod. *Ulp.* Iliud commune est in uuiversis, qni pro aliis obligantur; quodsi fuerint In dnriorem causam adhibiti, piacuil, eos omnino non obligari; in leviorem plane causam accipi possunt; propter qnod in miuorem summam recle fideiussor accipietur. Item accepto reo pure ipse ex die vel sub coudilioue accipi potest; enimvero si reus sub condilioue sil acceplus, fidelussor pure, non obligabitur. — §. 5. Inst. b. t.

debitore principale è obbligato comulativamente per più obbietti, e il fideiussore semplicemente per una obbligazione alternativa; quando il fideiussore si obbliga con condizione e con determinazione di tempo in garentia di una obbligazione principale incondizionata; quando alla condizione del debito principale è aggiunta un' altra alla evenienza della quale il fideiussore rimane obbligato (h).

La obbligazione principale non è necessaria che sia civile, è anche sufficiente una obbligazione naturale (i); essa può essere fondata per una futura obbligazione principale.

Tra i fideiussori sono da distinguersi principalmente il *fideiussor indemnitatis* e il *fideiussor succedaneus;* il primo è quello che promette di prestare ciò che il creditore non potrà conseguire dal suo debitore; l'altro è quello che si obbliga presso il fideiussore nel caso che venisse costretto a pagare per il debitore principale (k).

II. Quanto agli effetti la fideiussione produce un'*actio ex stipulatu*, di cui la estenzione dipende dalla fideiussione medesima: così, chi si obbligò per tutto il debito, risponde e del capitale e degl'interessi; al contrario chi si obbligò per il solo capitale, non è obbligato per gl'interessi (l); fatta la fideiussione per un certo tempo, il fideiussore non è obbligato oltre del termine stabilito (m).

In generale il fideiussore dev'essere considerato come un *correus debendi* del debitore principale, e per conseguenza in qualunque modo si estingue l'obbligazione principale, termina nel medesimo tempo anche l'accessoria: e così una soluzione, una novazione, accettilazione ecc. estingue la

(h) §. 5. Inst. h. t. — Ved. not. prec.—L. 8. §. 7-12. L. 16. §. 1. 2. L. 14. h. t.

(i) L. 6. §. 2. L. 7. 16. §. 3. 4. h. t. §. 1. Inst. h. t. — In omnibus autem obligationibus assumi possunt, id est sive re sive verbis sive literis sive consensu contractae fuerint. At ne illud quidem interest, utrum civilis, an naturalis sit obligatio, cui adiiciatur fideiussor, adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fideiussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.

(k) L. 116. de V. O. (45. 1.). — L. 1. 2. C. de conv. fisc. deb. (10. 2.). — L. 4. pr. h. t. *Ulp.* Potest accipi fideiussor ei actionis, quam habiturus sum adversus eum, pro quo fideiussi, vel mandati, vel negotiorum gestorum.

(l) L. 56. §. 2. L. 58. §. 1. h. t.—L. 54.pr. locat. (19.2.). *Paul.* Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur, nec prosint ei Constitutiones, quibus cavetur, eos, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere oportere? Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras; usurae enim in bonae fidei iudiciis, etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio iudicis applicentur, tamen quum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur, ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: *in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes?* Vel ita: *indemnem me praestabis?*

(m) L. 7. C. loc. (6. 65.).

obbligazione del debitore principale e così l'accessoria (n). Lo stesso si dica del deperimento dell'obbietto della obbligazione avvenuto senza colpa del debitore principale, poichè anche in questo caso deve estinguersi la obbligazione accessoria del fideiussore. Eravi difficoltà nel caso quando l'oggetto fosse perito per colpa del fideiussore, per stretta conseguenza anche qui deve cessare l'obbligazione accessoria del fideiussore (o); ma più tardi fu accettata una opinione mediana, però che in questo caso fu concessa al creditore non solo la semplice *actio de dolo*, ma ancora un'azione utile *ex stipulatu* (p). Una più recente giurisprudenza anzi par che avesse concessa anche un'azione diretta *ex stipulatu* (q).

D'altra parte il carattere accessorio della fideiussione e la perfetta sua dipendenza dalla obbligazione principale fa che ad estinguerla valgono anche quei motivi che in generale non opererebbero la liberazione del *correus debendi*.

1) Quando l'obbligazione del debitore principale per qualunque modo cessa *ipso iure*, cessa anche l'accessoria, come p. e. nel caso della confusione, ovechè il *correus debendi* non sarebbe per questo liberato (r).

2) Per la fideiussione è regola che il fideiussore può usare, anche malgrado la volontà del debitore principale, di tutte le eccezioni che avrebbe questi potuto opporre (s). Ma in alcuni casi questa regola non è esatta.

(n) L. 43. de solnt. (46. 3.). *Ulpian.* In omnibus speciebna liberationum etiam accessiones liberantnr puta sdpromissores, hypothecae, pignora; praeterquam quod inter creditorem èt adpromissores confusione facta reus non liberatur. — L. 28. §. 1. de inrei. (12. 2.). — L. 5. pr. liber. leg. (34. 3.). — L. 60. h. t. L. 4. C. b. t.

(o) L. 19. de dol. malo (4. 3.). *Papin.* Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo reddi adversns eum oportere Neratins Priscus et Iulianus responderunt, qnoniam debitore liberato per consequentiaa ipse quoque dimittitnr.

(p) L. 38. §. 4. de sol. (46. 3.). *Afric.* Si quia pro eo reverso fideiusserit, qui, quum reipublicae cansa abesset, actione qua liberatus sit, deinde annus praeterierit an fideinssor liberetnr? Qnod Iuliano non placebat, et qnidem si cum fideinssora experinndi potestaa non fuit; sed hoc casu in ipsum fideiussorem ex Edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fideinssorem, qui hominem promissnm occidit. — L. 32. §. 5. de naur. (22. 1.). — L. 49. de V. O. (45. 1.).

(q) L. 88. pr. 91. §. 4. de V. O. *Paul.* Mora rei fideinssori quoqne nocet. Sed si fideiussor servum obtulit, et reus moram fecit, mortuo Sticho fideiussori snccedendum est. Sed si fideiussor hominem occiderit, reus liberatur, fideiussor autem ex stipulatione conveniri potest. — L. 95. §. 1. de solnt. (46. 3.).

(r) L. 21. §. 3. L. 71. b. t. *Afric.* Quodsi stipulator renm heredem instituerit, omnimodo fideiussoris obligationem perimit, sive civilis, sive tantnm naturalis in reum fnisset, quoniam quidem nemo potest apud enndem pro ipso obligatus esse. Quodsi idem stipulator fideinssorem heredem scripserit, procul dnbio solam fideiussoris obligationem perimit. Argumentum rei: qnod, si possessio rerum debitoris data sit creditori, aeque dicendnm est, fideiussorem manere obligatum.

(s) §. 4. Inst. de repl. (4. 14.). — Exceptiones autem, quibus debitor defenditnr, plerumque accommodari solent etiam fideinssoribna eius: et recte, quia, quod ab iis petitur, id ab ipso

a) Son da distinguere le *exceptiones personae* dalle *rei cohaerentes:* queste spettano anche al fideiussore, quelle non già: così egli non potrebbe adoperare l'*exceptio competentiae*, o l'*exceptio pacti de non petendo in personam* (t).

b) L'eccezione che estingue la sola azione rimanendo una obbligazione naturale allora potrà spettare al fideiussore quando questi abbia un'azione di regresso contro il debitore principale; così nelle eccezioni *SC. Macedoniani, e de non petendo in rem* (u).

c) Lo scopo della fideiussione è di garantire il creditore contro l'insolvenza del debitore, onde le eccezioni che nascono appunto da quest'insolvenza, certamente non s'addicono al fideiussore; di questa natura è l'*exceptio* della cessione dei beni (w); per lo stesso principio il fideiussore rimane obbligato quando il debitore principale non può essere più convenuto p. e. quando morì senza eredi, ovvero soffrì una *capitis deminutio maxima* (v).

debitore peti videtur, quia mandati iudicio redditurus est eis, quod ii pro eo solverint. Qua ratione et si de non petenda pecunia pactus quis cum reo fuerit, placuit, perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati essent, ac si et cum ipsis pactus esset, ne ab iis ea pecunia peteretur. Sane quaedam exceptiones non solent his accommodari. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, et cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem nisi bonis cesserit: sed haec exceptio fideiussoribus non datur, ideo scilicet, quia, qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut, quum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi. — L. 19. de except. (44.1.). — L. 15. pr. 32. 49. pr. h. t.

(t) L. 7. pr. §. 1. de except. (44.1.). *Paul.* Exceptiones, quae personae cuiusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem, quod facere possit, vel parens patronusve, non competit fideiussori, sic mariti fideiussor post solutum matrimonium datus in solidum dotis nomine condemnatur. Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali, iurisiurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideiussori. Intercessionis quoque exceptio, item quod libertatis onorandae causa petitur, etiam fideiussori competit. Idem dicitur, et si pro filiofamilias contra Senatusconsultum quis fideiusserit, aut pro minore vigintiquinque annis circumscripto; quodsi deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio. — L. 21. §. ult. L. 22. de pact. (2. 14.). — L. 24. pr. L. 41. pr. de re iud. (42. 1.).

(u) L. 9. §. 3. ad SC. Maced. (14.6.). *Ulp.* Non solum filiofamilias et patri eius succurritur, verum fideiussori quoque, et mandatori eius, qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt; tunc enim, quum nullum regressum habeant, Senatusconsultum locum non habebit. Sed et si non donandi animo, patris tamen voluntate intercesserunt, tractus a patre videbitur comprobatus. — L. 32. de pact. (2. 14.). — L. 5. pr. de lib. legat. (34. 3.).

(w) §. 4. Inst. de replic. (4. 14.). — Ved. not. (s). — L. 58. §. 1. mand. (17. 1.).

(v) L. 1. §. 14. depos. (16. 3.). *Ulp......* Plane si fideiussisti pro eo, Labeo omnimodo fideiussorem teneri ait, non tantum si dolo fecit is, qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum; quid enim, si fureret is, apud quem depositum sit, vel pupillus sit, vel neque heres, neque bonorum possessor, neque successor eius extaret? Tenebitur ergo, ut id praestet, quod depositi actione praestari solet. — L. 95. §. 1. de solut. (46. 3.).

Quando il fideiussore abbia acquistato dritto ad un'eccezione, questa non può essergli più tolta per arbitrio del debitore principale, p. e. se vi è un *pactum de non petendo in rem*, quando pure il debitore consenta poscia un *pactum de petendo*, l'*exceptio pacti*, dapprima generata, permane, non ostante l'atto in contrario conchiuso dal debitore (x).

III. Dovendosi per massima considerare il fideiussore come un *correus debendi* è chiaro che il creditore, secondo che crede opportuno, può rivolgersi sia al debitore principale, sia al fideiussore; però questi contro il pregiudizio di una tale scelta derivante dalla natura giuridica della fideiussione potrà usare tre beneficii:

1) Il *beneficium excussionis seu ordinis*, il quale consiste in ciò, che il fideiussore oppone contro l'attore creditore, che convenisse il debitore principale prima di rivolgersi a lui (y). Questo beneficio parte per speciale determinazione della legge, parte per interpretazione è inapplicabile nei seguenti casi:

a) quando il fideiussore è assente, e quando non è stato dato un perentorio giudiziale, ovvero quando pel concorso di molti creditori l'azione contro il fideiussore è più agevole;

b) quando ha rinunciato al beneficio, il che è possibile tanto nell'atto della fideiussione, quanto più tardi in modo espresso o tacito;

c) quando il fideiussore abbia negata questa sua qualità (z).

2) Quando molti si sono resi mallevadori di un solo debitore, il creditore potrà convenire ognuno di essi per tutto il credito; senonchè spetta il *beneficium divisionis*, il quale va ancora perduto per rinuncia o per imputabilità di frode (aa).

3) Finalmente il fideiussore condannato al pagamento può pretendere che il creditore gli cedesse la sua azione, ed è questo il terzo beneficio detto *cedendarum actionum* (bb).

(x) L. 62. de pactis (2. 14.). *Fur. Anthian.* Si reus, postquam pactus sit a se non peti pecuniam, ideoque coepit id pactum fideiussori quoque prodesse, pactus sit, ut a se peti liceat, an utilitas prioris pacti sublata sit fideiussori, quaesitum est. Sed verius est, semel acquisitam fideiussori pacti exceptionem ulterius ei invito extorqueri non posse.

(y) Nov. 4. c. 1.

(x) L. 10. §. 1. h. t. *Ulp.* Ita demum inter fideiussores dividitur actio si non infitientur; nam infitiantioribus auxilium divisioni non esse indulgendum.

(aa) §. 4. Inst. h. t.— Si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur: itaque liberum est creditori, a quo velit solidum petere. Sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor, a singulis, qui modo solvendo sint litis contestatae tempore, partes petere: ideoque, si quis ex fideiussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat. Sed si ab uno fideiussore creditor totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit, si is, pro quo fideiussit, solvendo non sit; et sibi imputare debet, quum potuerit adiuvari ex epistola divi Hadriani, et desiderare, ut pro parte in se detur actio.—L. 10. §. 1. L. 26-28. 49. §. 1. L. 51. §. 1. 4. h. t. — L. 16. C. eod. L. 7. de fideiuss. tut. (27. 7.). — L. 3. C. de const. pec. (4. 18.).

(bb) L. ult. rem. pupill. (46.6.).—Nov. 4. c. 1.—L. 17. 36. h. t. *Iulian.* Fideiussoribus suc-

Per mezzo della fideiussione non si genera propriamente tra il fideiussore ed il debitor principale uno speciale vincolo giuridico; ma dipende dal motivo che determinò la fideiussione lo stabilire quali dritti avesse il fideiussore rispetto al principale debitore, se per conseguenza della fideiussione incontra un pregiudizio al primo. E di vero questi non potrà rivolgersi al debitore principale quando egli si è reso fideiussore a solo fine di vantaggiare costui ossia *animo donandi*, pur che non vi fosse nullità di donazione (cc). In generale poi la malleveria entra nel concetto del mandato e qualche volta della *negotiorum gestio*.

In forza di questo ultimo principio il fideiussore ha dritto di rivolgersi contro il principale debitore per mezzo dell'*actio mandati contraria*; è d'uopo nondimeno ch'egli stesso non sia in colpa, e che avesse notificato il pagamento al debitore principale; altrimenti, dato che il debito non sussistesse, o che novellamente fosse stato soddisfatto dal debitore, non avrà egli altra azione che la *condictio indebiti* cedutagli dal principale debitore (dd); è perfettamente indifferente qual sia stato il modo di pagamento.

Se il fideiussore si fece cedere le azioni, avrà l'azione di regresso verso gli altri fideiussori; in caso contrario nessuna azione; e sol quando abbia compiuto il pagamento davvero nell'interesse degli altri confideiussori avrà dritto all'*actio negotiorum gestorum*.

Oltre a ciò il fideiussore può pretendere dal debitore principale, di essere sciolto dalla fideiussione, specialmente quando la equità lo richiegga: così quando il debitore trascura il pagamento della sua obbligazione, ovvero quando i suoi diportamenti aumentano l'insolvenza (ee). Avrà ancora un'azione di regresso quando a proprie spese ha soddisfatto il creditore liberando cosi il debitore principale, purchè per dolo o negligenza non avesse mancato: come p. e. per non avere adoperato que' mezzi le-

curri solet, ut stipulator compellatur ei, qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina.—confr. L. 28. mand. (17. 1.). — L. 95. §. 11. de solut. (46. 1.).

(cc) L. 9. §. 3. ad SC. Maced. (14.6.). — Ved. not. (u).—L.6. §. 2. mand. (17. 1.).—confr. L. 40. eod.

(dd) L. 29. §. 3. mand. (17. 1.). *Ulp.* Hoc idem tractari et in fideiussore potest, si, quum solvisset, non certioravit reum, sic deinde reus solvit, quod solvere eum non oportebat; et credo, si, quum posset eum certiorare, non fecit, oportere mandati agentem fideiussorem repelli. Dolo enim proximum est, si post solutionem non nuntiaverit debitori; cedere autem reus indebiti actione fideiussori debet, ne duplum creditor consequatur.

(ee) L. 38. §. 1. L. 45. §. 5. mandat. (17. 1.). — Non absimilis illa, quae frequentissime agitari solet: fideiussor an, et prius quam solvat, agere possit, ut liberetur? Nec tamen semper exspectandum est, ut solvat, aut iudicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessabit, aut certe bona sua dissipabit; praesertim si domi pecuniam fideiussor non habebit, qua numerata creditori mandati actione conveniat. — L. 10. C. mand. (4. 35.).

gali, che poteva opporre contro il dritto del creditore, ovvero per aver trascurato di notificarlo al debitore, onde questi pagò novellamente il creditore (ff). Anche senza pagamento fatto il fideiussore potrà rivolgersi contro il debitore principale con l'azione di regresso, specialmente quando altri *animo donandi* verso il fideiussore ha soddisfatto il creditore, ovvero il creditore stesso *animo donandi* abbia rimesso il debito rispetto al fideiussore (gg).

§. 326.

b) Del constitutum debiti alieni.

T. D. de constituta pecunia (13. 5.); — C. h. t. (4. 18.). — *Koch*, de constituto debiti alieni eiusque a fideiussione descrimine, Kil 1777. — *Zimmern*, della intercessione per mandato e costituto.

Il costituto *debiti alieni* è quel patto pretorio per mezzo del quale qualcuno promette la soddisfazione di un debito altrui già esistente.

Così concepito il *constitutum debiti alieni* è una delle forme della intercessione cumulativa, ed è in parte simile alla fideiussione; come questa il costituto suppone la esistenza di un'obbligazione valida almeno come obbligazione naturale (a): così pure accanto alla prima, senza distruggerla, si origina una novella obbligazione del costituente (b); più costituenti come più fideiussori han dritto al beneficio della divisione. Vi sono nondimeno rilevanti differenze le quali hanno origine da questo principio: la fideiussione ha per suo scopo principale di dare sicurezza ad un credito, sicchè l'obbligazione del fideiussore è identica a quella del debitor principale; in una parola per mezzo della fideiussione si crea una specie di obbligazione correale (§. 322).

Dall'altro lato il costituto ha per scopo di offrire al creditore piuttosto un vantaggio, che la semplice sicurezza, di guisa che in fondo l'obbligazione del costituente è diversa da quella del debitore principale, e ne

(ff) L. 10. §. 11. 12. L. 29. mandat. (17. 1.). *Ulp.* Fideinssores et mandatores, etsi sine indicio soiverint, habent actionem mandati. Generaiiter Iulianus ait, si fideiussor ex sua persona omiserit exceptionem, qna reus nti non potuit, si quidem minus honestam, habere eum mandati actionem; quodsi eam, qna reus nti potnit, si sciens id fecit, non babiturum mandati actionem, si modo habuit facultatem rei conveniendi desiderandique, nt ipse snsciperet potins indicium vel suo, vei procuratorio nomine. — L. 67. h. t.

(gg) L. 10. §. 13. L. 11. 12. pr. §. 1. 2. mand. (17. 1.). *Ulp.* Si fideinssori donationis causa acceptam factum sit a creditore, puto, si fideiussorem remunerari voiuit creditor, habere eum mandati actionem; multo magis, si mortis causa accepto tulisset creditor, vel si eam liberationem legavit. — L. 19. 64. h. t.

(a) L. 1. §. 1. 6-8. L. 3. §. 1. L. 18. §. 1. h. t. *Ulp.* Hoc Edicto Praetor feret naturali aequitati, qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem faliere.

(b) L. 18. §. 3. L. 25. pr. eod.

risulta una specie di semplice obbligazione solidale. Stabilito questo principio si spiegheranno le seguenti differenze.

1) Il costituente potrà promettere un altro obbietto che non è quello dell' obbligazione principale, e può essere aggiunta a quest' obbligazione accessoria qualunque più dura modalità; e di fatti può essere nel costituto messo un luogo di pagamento più comodo per il creditore, può un *dies certus* determinato nella obbligazione principale essere tralasciato perfettamente nel costituto, o stabilito più breve: invece della obbligazione alternativa, può il costituto comprendere una semplice, e viceversa (c). Solamente una condizione messa alla obbligazione naturale non può essere tralasciata nel costituto; la ragione è evidente, giacchè la condizione mette in forse l'esistenza della obbligazione medesima, e il costituto è sempre una obbligazione accessoria che suppone un' obbligazione principale certa; però quando in una simile circostanza il costituto è fatto senza condizione, la sua esistenza dipende sempre dall'esito della condizione apposta alla obbligazione principale; ossia se la condizione è adempiuta e si convalida la obbligazione principale, si convaliderà anche il costituto, nel caso opposto questo sarà anche di nessun momento (d).

2) Come nella fideiussione così ancora nel costituto la obbligazione accessoria non potrà estendersi a più che la principale, ma, se così facciasi, il costituto non è nullo, ed il costituente diversamente che il fideiussore, resta obbligato fino alla somma determinata nell' obbligazione principale (e).

3) Dal concetto del costituto nasce per conseguenza legittima che al costituente non potrà, come al fideiussore, spettare il *beneficium excussionis*, poichè per mezzo di questo verrebbero negati al creditore i vantaggi, che legittimamente emergono dal costituto; senonchè un tal benefizio fu concesso da Giustiniano (f).

(c) L. 1. §. 5. L. 3. §. 2. L. 4. 5. pr. L. 25. pr. h. t. *Ulp.* An potest aliud constitui, quam quod debetur, quaesitum est; sed quum iam placet, rem pro re solvi posse, nihil probibet, et aliud pro debito constitui. Denique si quis centum debens frumentum eiusdem pretii constituat, puto valere constitutum.

(d) L. 19. pr. h. t. *Paul.* Id, quod sub conditione debetur, sive pure, sive certo die constituatur, eadem conditione suspenditur, ut existente conditione teneatur, deficiente utraque actio deperest. Sed is, qui pure debet, si sub conditione constituat, inquit Pomponius, in hunc utilem actionem esse.

(e) L. 1. §. 8. L. 11. §. 1. L. 12. h. t. Sed et is, qui honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur; videtur enim debitum, et quod iure honorario debetur; et ideo et pater et dominus de peculio obstricti, si constituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem, quae tunc fuit in peculio, quum constituebatur; ceterum si plus suo nomine constituit, non tenebitur in id, quod plus est.

(f) Nov. 4. c. 5. — Si quis igitur mutuam dederit, et fideiussorem, aut mandatorem, aut

4) Tutte le eccezioni utili al debitore principale e già nate al tempo quando fu conchiuso il costituto, spettano pure al costituente; ma non si può dire lo stesso per quelle eccezioni le quali ebbero origine nella persona del debitore principale dopo che il costituto fu conchiuso. Imperocchè nel *costitutum debiti alieni* essendovi molte obbligazioni, gli sono applicabili le regole delle obbligazioni solidali; ossia che l'obbligazione del costituente cessa sol nei casi che producono la soddisfazione del creditore; in questa guisa la obbligazione del costituente può restare in vigore anche quando si è estinta la obbligazione principale per prescrizione estintiva; così pure la *litis contestatio* col debitore principale non immuta l'obbligazione del costituente (g).

constitutae pecuniae reum acceperit, ille non statim ab initio mandatorem, fideiussorem aut constituentem conveniat, neque debitore neglecto intercessoribus molestus sit, sed primo eum, qui pecuniam accepit et debitum contraxit, conveniat. Et siquidem ab illo acceperit, a reliquis abstineat quid enim illi cum extraneis rei est, cui debitor satisfecit, si vero a debitore nec partem nec solidum consequi poterit, quantum ab illo accipere non potuit, pro ea parte cum fideiussore, vel constituente, vel mandatore experiatur, et ab eo reliquum consequatur. Atque haec quidem, si utrique, tam principalis debitor, quam fideiussor, aut mandator, aut constitutae pecuniae reus, praesentes sint, omnimodo serventur. Si vero fideiussor, aut mandator, aut qui constitutum suscepit quidem adsit, principalem autem debitorem abesse contingat, durum est creditorem alio mittere, quum statim a fideiussore, aut mandatore, aut constituente exigere possit. Sed et huic rei, quoad fieri poterit, medendum nobis est. Neque enim antiqua lex definitam quandam sanandi methodum habuit, quamvis magnus ille Papinianus haec primus docuerit. Demonstret igitur fideiussorem, aut constituentem, aut mandatorem, et iudex, qui causae praeest, fideiussori, nec non constituenti et mandatori principalem debitorem adducere volentibus tempus det, ut ille primus actionem sustineat, atque ita hi in ultimum serventur subsidium. In eo quoque fideiussori, sponsori, mandatori iudex succurrat fideiussoribus enim et istiusmodi hominibus auxilio venire aequum est, ut ille productus actione interim eos liberet, qui illius causa molestia afficiuntur. Quodsi tempus ad hoc constitutum praeterierit iudex enim et tempus definire debet, tum aut fideiussor, aut mandator, aut constituens litem suscipiat, et debitum solvat, actionibus contra eum, pro quo fideiussit, vel mandatum scripsit, vel constituit, a creditore sibi cessit.

Per giustificare questa inconseguenza di Giustiniano qualche giurista crede che si dovesse restringere il pensiero del legislatore nell'accordare il beneficio sol quando il costituto non desse altro vantaggio al creditore, e consistesse semplicemente nella garantia come la fideiussione. Ved. *Vangerow*. §. 579.

(g) L. 18. §. 1. 3. h. t. *Ulp.* Vetus fuit dubitatio, an, qui hac actione egit, sortis obligationem consumat? Et tutius est dicere, solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit.

§. 327.

c) Del mandatum qualificatum.

T. D. mandati vel contra (17.1.);—de fideiussoribns et mandatoribns (46.1.).—Cod. mandati vel contra (4. 35.);—de fideinssoribus et mandatoribna (8. 41.).—*Voorda*, ut differant inter se fideinssores et mandatores in *Elect.* c. 7.

Quando qualcuno commette ad un altro d'imprendere con un terzo un affare in vantaggio di quest'ultimo, in modo che il mandatario addivenga creditore del terzo, quest'atto chiamasi mandato qualificato. Il committente in questo caso è il *mandator* (a).

Il mandato qualificato è ancora una specie d'intercessione cumulativa come la fideiussione ed il costituto; ed in fatti il committente in qualità di *mandator* è obbligato per tutti i pregiudizii che il mandatario potessero incontrare per l'atto civile conchiuso col terzo; è una specie di garantia per una futura obbligazione e anche per una esistente, anche quando il mandante non avesse in ciò un determinato interesse (b).

Appena si avvera il pregiudizio per il mandatario l'azione che gli spetta contro il fideiussore è l'*actio mandati contraria* (c).

Secondo il suo contenuto e le condizioni della sua esistenza il mandato qualificato va sotto le regole del mandato (d), onde al mandante compete l'*actio mandati directa* (e). In verità è essa anche una obbligazione accessoria che suppone una obbligazione già esistente, o da seguire, la quale sarebbe la obbligazione principale. Sotto questo rispetto il mandato qualificato va considerato come una fideiussione.

(a) §. 6. Inst. de mand. (3. 26.). — Et adeo haec ita sunt, ut quaesitnm sit, an mandati teneatnr, qui mandavit tibi, nt pecuniam Titio foenerares: sed obtinnit Sabini sententia, obligatoriom esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, qnam si tibi mandatnm esset. — L. 6. §. 4. L. 12. §. 13. mand. (17. 1.).

(b) L. 6. §. 4. L. 12. §. 14. L. 21. in fin. L. 28. 32. 48. §. 1. mand. (17. 1). *Ulp.* Si post creditam pecnniam mandavero creditori credendam, nnllom esse mandatnm rectissime Papinianus ait. Plane si, nt exspectares, nec nrgeres debitorem ad solntionem, mandavero tibi, ut ei des intervallom, periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto, omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere. — L. 24. 71. §. 2. de fideiuss. et mand. (46. 1.).

(c) L. 12. §. 3. mand. (17. 1.). *Ulp.* Plane si servus fideinssor solverit, dominnm mandati actnrnm.

(d) L. 12. §. 11-14. L. 27. §. 5. eod.

(e) L. 6. §. 4. eod. *Ulp.* Si tibi mandavero, qnod mea non intereral, veluti ut pro Seio intervenias, vel nt Titio credas, erit mibi tecnm mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatns.

§. 328.

3) Del SC. Velleiano.

T. D. ad SC. Velleianum (16. 1.), — C. h. t. (4. 29.). — *Kattenhorn*, sulla intercessione delle donne, Giessen 1840.

I. Il carattere giuridicodella intercessione fa sì che l'intercessore s'ingerisce nei fatti altrui, ed assume la responsabilità di un avvenire incerto e pericoloso. Dovette per conseguenza la sapienza romana prendere in considerazione lo stato delle persone ed interdire alle donne l'atto della intercessione come quelle che per la loro pieghevolezza e poco fermo consiglio potevano essere facilmente tratte ad un atto pregiudizievole al loro patrimonio. Questa considerazione deve essere anche più rigorosa nelle donne maritate, le quali e per la suggezione al marito e per l'amore coniugale potevano essere più facilmente inchinevoli ad intercedere pe'loro coniugi. Un decreto di Augusto e Claudio per conseguenza interdisse alle donne d'intercedere per i loro mariti; e poscia una legge proposta dai consoli M. Silano e Velleio Tutore al senato rese inefficaci generalmente le intercessioni delle donne; la qual legge è conosciuta col nome di SC. Velleiano (a). A questa regola generale vi sono molte eccezioni, nelle quali l'intercessione di una donna ha tutta la sua efficacia.

1) Il senato consulto Velleiano non è punto applicabile, quando la donna intercede non in interesse del debitore o del creditore, ma in proprio interesse, ossia quando ella *suum negotium gerit* (b). Ciò avviene massimamente quando per mezzo di una *expromissio* in favore del suo creditore, si libera dal debito; quando si piega alla *defensio* in interesse di colui, il quale in caso di condanna avrebbe contro lei un'azione di regresso; quando intercede per il suo fideiussore; quando ella con un suo socio

(a) L. 1. pr. L. 2. §. 1. 4. L. 29. §. 1. h. t. *Ulp.* Postea factum est Senatusconsultum, quo plenissime feminis omnibus subventum est. Cuius Senatusconsulti verba haec sunt: *quod Marcus Silvanus et Velleus Tutor, Consules, verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt: quod ad fideiussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita ius dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in iure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re Senatus voluntas servetur.*

(b) L. 13. pr. L. 27. §. 2. h. t. *Papinian.* Uxor debitricem suam viro delegavit, ut vir creditori eius pecuniam solveret; si fidem suam pro ea, quam delegavit, apud virum obligaverit, locum exceptio Senatusconsulti non habebit, quia mulier suum negotium gessit. — L. 6. pr. C. h. t.

a causa di spese necessarie contrae un mutuo e addiviene per conseguenza debitrice correale (c); a questi casi si aggiunga la decisione di Giustiniano, cioè che non vi è ragione di SC. Velleiano, quando la donna a causa del rischio della sua intercessione si fece pagare una somma, maggiore o minore che fosse del danno, imperocchè in questo caso ella opera sempre per proprio interesse (d).

2) Si esclude egualmente il SC. Velleiano quando la donna compiè una intercessione privativa *animo donandi*, ossia quando ella ebbe in mente di fare un atto di liberalità (e).

3) La donna che intercede è tenuta fino a tanto che realmente il suo patrimonio non venga diminuito, è tenuta quando il debitore principale le diè la somma, ovvero quando la somma che dovrebbe pagare come intercedente viene a trovarsi in un altro modo nel suo patrimonio (f).

4) Non si può far parola del beneficio accordato dal SC. Velleiano, quando la donna è colpevole di dolo (g).

5) È ancora eccettuato il senato consulto quando il creditore è in errore di fatto scusabile sulla intercessione della donna, il che può avvenire facilmente, quando questa non di persona ma per *interpositam perso-*

(c) L. 3. 13 pr. L. 17. §. 3. L. 19. §. 3. L. 22. 25. §. 1. L. 27. §. 2. h. t. *Paul.* Sed si eum defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti quum venditorem hereditatis sibi venditae, vel fideiussorem suum defendat, intercedere non videtur. — L. 2. 6. pr. C. h. t.

(d) L. 23. pr. C. h. t. *Iustinian.* Antiquae iurisdictionis retia et difficillimos nodos resolventes, et supervacuas distinctiones exsuiare cupientes sancimus, mulierem, si intercesserit, sive ab initio sive postea aliquid accipiens, ut sese interponat, omnimodo teneri, et non posse Senatusconsulti Velleiani uti auxilio, sive sine scriptis sive per scripturam sese interposuerit. Sed si quidem in ipso instrumento intercessionis dixerit, sese aliquid accepisse et sic ad intercessionem venisse, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur et a tribus testibus consignatum, omnimodo esse credendum, eam pecuniam vel res accepisse, et non esse ei ad Senatusconsulti Velleiani auxilium regressum. Sin autem sine scriptis intercesserit vel instrumento non sic confecto, tunc, si possit stipulator ostendere, eam accepisse pecunias vel res, et sic subiisse obligationem, repelli eam a Senatusconsulti iuvamine. Sin vero hoc minime fuerit ab eo approbatum, tunc mulieri superesse auxilium, et antiquam actionem adversus eum servari, pro quo mulier intercessit, vel ei actionem parari.

(e) L. 4. §. 1. L. 8. §. 3. L. 21. §. 1. h. t. *Ulp.* Proinde si, dum vult Titio donatum, accepit a me mutuam pecuniam, et eam Titio donavit, cessat Senatusconsultum. Sed et si tibi donatura creditori tuo nummos numeraverit, non intercedit; Senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit, non donanti; hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat.

(f) L. 16. pr. L. 21. pr. h. t. *Callistr.* Si pro aliquo mulier intercesserit, sed in rem eius, quod acceptum est, versaretur, exceptio Senatusconsulti locum non habet, quia non fit pauperior.

(g) L. 2. §. 3. L. 23. 30. h. t. *Ulp.* Sed ita demum iis subvenit, si non callide sint versatae, Hoc enim Divus Pius et Severus rescripserunt; nam deceptis, non decipientibus opitulatur. Et est et graecum Severi tale Rescriptum: Ταῖς ἀπατώσαις γυναιξὶν τὸ δόγμα τῆς συγκλήτου βουλῆς οὐ βοηθεῖ. *Decipientibus mulieribus dogma Senatusconsulti non auxiliatur;* (*Vulg. vers*) infirmitas enim feminarum, non calliditas auxilium demeruit. — L. 5. 18. C. h. t.

nam conchiuse l'affare; ovvero quando nell'apparenza la donna si dimostra come debitrice principale, come quando fa un mutuo per un altro (h), eccetto se l'attore non sia realmente il diretto creditore della donna, giacchè in questo caso potrà ella usare dell'*exceptio SC. Velleiani* (i).

6) Quando la donna è addivenuta erede del debitore principale, in caso di una privativa intercessione, si può esperimentare contro lei non solo l'*actio restitutoria*, ma l'azione nascente dall'affare da lei compiuto (k).

7) Non è applicabile il SC. Velleiano quando la donna intercede a favore di un minore, in quanto che a causa di questo beneficio si verrebbero a pregiudicare gl'interessi del minore (l).

8) Secondo una speciale decisione di Giustiniano il senato consulto dev'essere escluso quando la donna dopo due anni da un'intercessione fatta ne fa una seconda per la stessa obbligazione, purchè al tempo della seconda intercessione sia maggiore di età (m).

9) Sarà valida l'intercessione quando è fatta per la libertà (n).

10) Lo stesso si dica finalmente quando la intercessione si riferisce ad una promessa di dote (o).

II. Il senato consulto Velleiano non rende nullo l'atto d'intercessione fatta tra la donna ed il creditore, ma fonda solamente in favore di lei una *exceptio senati consulti Velleiani*, la quale è perfettamente *rei cohaerens* e distrugge non solo l'azione dell'attore, ma tutta intera la obbliga-

(h) L. 4. 6. 11. L. 12. 17. pr. §. 1. L. 28. §. 1. h. t. *Ulp.* Sed si ego cum muliere ab initio contraxerim, quum ignorarem, cui haec factum vellet, non dubito Senatusconsultum cessare; et ita Divus Pius et Imperator noster rescripserunt. — L. 1. C. h. t.

(i) L. 19. §. 5. h. t.

(k) L. 8. §. 13. h. t. *Ulp.* Plane si mihi proponas, mulierem veteri debitori successisse, dicendum erit, restitutoria eam conveniri posse; sed et directa actione, nihil enim eius interest, qua actione conveniatur. — confr. L. 95. §. 2. de solut. (46. 3.).

(l) L. 12. de min. (4. 4.). *Gai.* Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda, sed perinde atque ceteri per exceptionem summoveri debet; scilicet, quia communi iure in priorem debitorem ei actio restituitur; haec, si solvendo sit prior debitor, alioquin mulier non utetur Senatusconsulti auxilio.

(m) L. 22. C. h. t. *Iustinian.* Si mulier perfectae aetatis constituta post intercessionem vel cautionem conscripserit, vel pignus aut intercessorem praestiterit sancimus, antiqua legum varietate cessante, si quidem intra biennale iuge tempus, post priorem cautionem numerandum, pro eadem causa fecerit cautionem, vel pignus aut intercessorem dederit, nihil sibi praeiudicare, quod adhuc ex consequentia suae fragilitatis in secundam iacturam inciderit. Sin autem post biennium haec fecerit, sibi imputet, si, quod saepius cogitare poterat et evitare, non fecit, sed ultro firmavit; videtur etenim ex huiusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua causa aliquid agere, et tam ex secunda cautione sese obnoxiam facere, in quantum hoc fecit, quam pignus aut intercessorem utiliter dare. — Nov. 61. c. 1. §. 1.

(n) L. 24. C. h. t.

(o) L. 12. L. ult. C. h. t. *Valerian.* et *Gallien.* Si dotare filiam volens genero res tuas obligasti, pertinere ad te beneficium Senatusconsulti falso putas; hanc enim causam ab eo beneficio esse removendam, prudentes viri putaverunt.

zione (p), donde la conseguenza che il pagamento fatto erroneamente in forza della intercessione, può essere rivocato per mezzo della *condictio indebiti* (q).

Essa può essere opposta anche contro la esecuzione della sentenza (r). Spetta non solo alla donna, ma ancora ai suoi eredi, al suo fideiussore, a colui che impegnò l'oggetto per la donna intercedente, e finalmente anche a colui che intercedeva per mandato alla donna (s). Essa è diretta non solo contro il creditore, ma ancora contro qualunque terzo, e se a causa dell'intercessione fu tolta qualche cosa alla donna, essa potrà rivendicarla opponendo alla eccezione del creditore o del terzo la *replicatio SC. Velleiani* (t).

Affinchè i creditori non venissero lesi da questo privilegio, spetta loro contro il terzo, che mediante l'intercessione di una donna fu liberato da una obbligazione futura, l'azione medesima che sarebbe nata mediante l'intercessione, conosciuta col nome di azione istitutoria; in caso di *expromissio* vien concesso ai creditori l'azione *restitutoria* come se non fosse seguita l'intercessione (u).

Giustiniano per mezzo di una costituzione modificò il senato consulto Velleiano, ordinando che qualunque intercessione della donna dovesse farsi in un pubblico documento sottoscritto da tre testimoni (v). Senza

(p) L. 8. §. 9. L. 16. infin. h. t. — Iulianus autem recte putat, fideiussori exceptionem dandam, etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habet, quia totam obligationem Senatus improbat, et a Praetore restituitur prior debitor creditori.

(q) L. 9. C. h. t. L. 8. §. 3. h. t. — Interdum intercedenti mulieri et condictio competit, puta si contra Senatusconsultum obligata debitorem suum delegaverit; nam hic ipsi competit condictio, quemadmodum si pecuniam solvisset, condiceret; solvit enim et qui reum delegat. Sed si is, qui a muliere delegatus est, debitor eius non fuit, exceptione Senatusconsulti poterit uti, quemadmodum mulieris fideiussor.

(r) L. 11. ad SC. Maced. (14. 6.). *Ulp.* Tamen, si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur Senatusconsulti exceptione. Et ita Iulianus scribit in ipso filiofamilias exemplo mulieris intercedentis.

(s) L. 6. 7. 16. §. 1. L. 30. 32. §. 3. h. t. *Ulp.* Si fideiussores pro defensore absentis filii ex mandato matris eius intercesserint, quaeritur, an etiam his Senatusconsulto subveniatur? Et ait Papinianus libro nono Quaestionum, exceptione eos usuros, nec multum facere, quod pro defensore fideiusserunt, quum contemplatione mandati matris intervenerunt. Plane, inquit, si, qui accepit eos fideiussores, matrem iis mandasse ignoravit, exceptionem Senatusconsulti replicatione doli repellendum. — L. 1. 14. C. h. t. — L. 2. quae res pign. (20. 3.) — confr. L. 8. §. 4. 6. h. t.

(t) L. 32. §. 1. 2. h. t. — L. 40. §. 1. de rei vind. (6. 1.). *Pompon.* Si mulier rem a se pignori datam per intercessionem recipere velit, fructus etiam liberos recipit, et si res deterior facta fuerit, eo nomine magis aestimetur. Sed si creditor, qui pignus per intercessionem acceperit, hoc alii vendidit, vera est eorum opinio, qui petitionem dandam ei putant et adversus bonae fidei emtorem, ne melioris conditionis emtor sit, quam fuerit venditor.

(u) L. 8. §. 9. 11. 13. 14. L. 14. 16. 24. §. 3. h. t. — Ved. not. (k). — L. 16. C.

(v) L. 23. §. 2. C. h. t. *Iust.* Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sanci-

questa forma qualunque intercessione è nulla; mentre se è osservata saranno applicabili tutte le regole del dritto anteriore a questo proposito, cioè generalmente la donna intercede validamente, ma può essere tutelata dalla *exceptio SC. Velleiani*, eccetto quando l'eccezione non tenga. Anche questa decisione non impera, anzi la donna rimane obbligata anche senza la nuova forma prescritta; se è colpevole di dolo; se riceve un prezzo d'intercessione; e se il creditore sull'intercessione medesima era in una ignoranza scusabile. Poscia fu anche eccettuata l'intercessione a causa di costituzione dotale e a causa di libertà, e l'intercessione della madre e dell'ava s'esse rinunciano in giudizio ai privilegi concessi alle donne (x).

Oltre a questa modificazione Giustiniano per mezzo di una costituzione speciale ne introdusse un'altra rispetto alla intercessione delle donne maritate in favore de'loro mariti. Secondo questa costituzione adunque l'intercessione di una donna maritata in qualunque forma è nulla, anche quando la donna si dimostri per documenti debitrice del marito; solo il creditore in quest'ultimo caso potrebbe provare che la somma dell'obbligazione sia stata impiegata in vantaggio della donna (y).

ANNOTAZIONE

Intorno alla prima modificazione introdotta da Giustiniano al senato consulto le opinioni sono state divise dal tempo de'glossatori fino ai nostri giorni.

Tre opinioni durano ancora. La prima sostiene che nei casi eccettuati la donna anche senza un publico documento può intercedere con efficacia, sicchè la novella forma introdotta da Giustiniano a questo proposito si rapporterebbe solamente a quei casi d'intercessione nei quali prima della nuova modificazione era ammessa la *exceptio SC. Velleiani*; questa opinione fu di *Bulgaro* e per molto tempo fu la comune (z). Un'altra opinione crede che la modificaziono introdotta da Giustiniano si rapporti a tutto il senatoconsulto ossia anche a quei casi nei quali non è ammesso il privilegio tranne quelli ecccttuati dallo stesso Giustiniano nella sua costituzione. Questa opinione fu di *Martino* e, lasciata per molto tempo dimenticata, è addive-

mus, non aliter eas in tali contractu posse pro aliis se obligare, nisi instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato accipiant homines a muliere pro aliis confessionem; tunc etenim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quae de Intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Si autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes, pro nihilo habentur huiusmodi scriptura, vel sine scriptis obligatio, tanquam nec confecta nec peritus scripta, ut nec Senatusconsultum auxilium imploretur, sed sit libera et absoluta, quasi peritus nullo in eadem causa subsecuto.

(x) L. 24. 25. C. h. t. L. 3. C. quando mul. (5. 35.). — Nov. 118. c. 1.

(y) Nov. 134. c. 8. L. 22. C. ad SC. Vell.

(z) Ved. Glossa ad L. 23. C. h. t.—*Raquellus*, comm. ad constit. et dec. Inst. ad 23. est.—*Franke*, comm. in Pand. ad tit. SC. Velleian. n. 35.—*Höpfner*, comm. § 338.—*Rosshirt*, dr. civ. comm.

nuta con leggiera modificazione ai nostri giorni la comune opinione (aa). Accanto a queste dne opinioni un'altra ve ne ha, la quale manifestamente si allontana dall'una e dall'altra: essa consiste in ciò: quando una donna intraprende un atto d'intercessione con documento publico sottoscritto da tre testimoni, essa rimane assolutamente obbligata, di guisa che in questa circostanza dev'essere esclusa anche la *exceptio SC. Velleiani;* se al contrario ella non adoperava quella forma publica, la intercessione sarebbe perfettamente nulla; eccetto i casi nei quali nel dritto anteriore non era ammesso il privilegio, giacchè questi casi anche nella costituzione Giustinianea escludono la nullità (bb).

Leggendosi senza preconcetto la costituzione Giustinianea, l'opinione più fondata è quella di *Martino*, e considerando le altre due opinioni esse non ci possono dar ragione della opportunità e dello scopo della legge. E di vero la costituzione Giustinianea stabilisce chiarissimamente che le determinazioni del SC. Velleiano allora potranno essere applicate quando nell'atto della intercessione si fosse osservata la forma prescritta, in caso contrario, come aggiunge il legislatore, tutto l'atto deve essere considerato di nessun momento come non mai avvennto. Da tutto ciò non appare come si potesse cavare la conseguenza, che la donna intercedente dovrebbe essere obbligata anche quando non avesse nell'atto servata la prescritta forma per eccezione al SC. Velleiano. Oltre a ciò la opinione di *Bulgaro* porterebbe a questo risultato: tutta la novità apportata da Giustiniano a questo proposito sarebbe solamente, che dove prima la donna intercedente restava sempre obbligata; ma poteva essere tutelata per mezzo di una eccezione, in forza della costituzione 23 C. h. t. si libera immediatamente *ipso iure*, ma che in tutti quei casi nei quali la eccezione non era concessa, resta la donna anche dopo la costituzione citata senza mezzi di esimersi dalla obbligazione, ossia obbligata anche come prima *ipso iure;* ed allora lo scopo della legge sarebbe per lo meno inutile, giacchè anche prima mediante la *exceptio SC. Velleiani* la donna poteva essere liberata dalla obbligazione contratta per intercessione: oltre a ciò non si saprebbe spiegare perchè il legislatore per motivi di questa legge adoperasse queste parole « *ne mulieres perperam sese pro aliis interponant.* »

Egualmente difficile riescirebbe giustificare l'ultima opinione, giacchè nella sua costituzione il legislatore, in un modo che non si potrebbe più chiaro, determina che osservata la forma publica, avranno vigore tutte le altre disposizioni prima vigenti sulla intercessione delle donne: *tunc etenim tantummodo eas obligari, et sic omnia tractari, quae de intercessionibus feminarum vel veteribus legibus cauta, vel imperiali auctoritate introducta sunt;* di qui ognuno scorgerà come non si possa conciliare la summentovata opinione; nè nella glossa è mentovata tale interpetrazione, come afferma il *Vallet*, giacchè non vi si trovano che le opinioni di *Bulgaro* e di *Martino*.

Al contrario l'opinione di quest'ultimo giureconsulto corrisponde non solamente al dispositivo della legge, ma ancora alla ragione intrinseca della medesima. Senza fare distinzioni estranee alla legge, dobbiamo ammettere il seguente principio: quando una donna intercede senza un publico documento, tutto l'atto giuridico sarà nullo, come mai fosse intrapreso; al contrario quando la donna intercede con

(aa) Ved. obb. diss. civili pag.120.—*Bucher*. dritto delle P. *Thibaut*. §. 121. 122.—*Schweppe*, §. 518.—*Vening*, §. 358.—*Mühlenbruch*, §. 489.—*Puchta*, Pand. §. 409.—*Arndts*. §. 362.
(bb) Ved. *Vallet*, §. 584.—*Kettenhorn*, o. c. pag. 172.

un documento publico, saranno applicate tutte le disposizioni, che prima valevano in forza del SC. Velleiano; il che vuol dire, che la donna rimane *ipso iure* obbligata, ma potrà far valere in proprio vantaggio la *exceptio SC. Velleiani*, eccetto in quei casi determinati nella stessa legge o nelle leggi posteriori.

IV. Effetti della obbligazione.

A. Riguardo al pagamento.

§. 329.

1) Rispetto ai subbietti.

T. D. de solut. (46. 3.). — C. h. t. (8. 43.).

Il principale effetto dell'obbligazione è la necessità di soddisfarla, la quale presa in termine generale addimandasi pagamento. Nasce dalla stessa natura giuridica dell'obbligazione che il pagamento dev'essere fatto dal debitore al creditore; pure è mestieri stabilire i seguenti principii:

1) Rispetto alla persona che deve pagare, il solo debitore vi è obbligato, ma la facoltà ne è data a qualunque terzo, anche senza che il debitore lo sappia (a). Colui che paga per altrui potrà procurarsi un'azione di regresso facendosi cedere l'azione, quando pagò contra la volontà del debitore; se non ebbe cedute le azioni o pagò ad insaputa, avrà regresso, sol quando può essere considerato mandatario, o *negotiorum gestor* (b).

Se può pagare qualunque terzo, con maggior ragione può chi è col debitore in un vincolo giuridico; come il procuratore, il tutore ed il curatore (c).

Fa d'uopo inoltre che il pagamento fosse fatto *animo solvendi* per esser valido, e finalmente è strettamente richiesto che chi paga abbia facoltà di alienare; onde se il debitore senza avere il *ius disponendi* fa un

(a) L. 23. 53. h. t. *Gai*. Solvere pro ignorante et invito cuique licet, quum sit iure civili constitutum, licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere.

(b) L. 43. de negot. gest. (3. 5.). *Labeo* Quum pecuniam eius nomine solveres, qui tibi nihil mandaverat, negotiorum gestorum actio tibi competit, quum ea solutione debitor a creditore liberatus sit, nisi si quid debitoris interfuit, eam pecuniam non solvi. — L. 24. C. de neg. gest. (2. 19.). — L. 39. de fideiuss. (46. 1.). — L. 3. 7. C. de iur. fisc. (7. 73.).

(c) L. 56. 87. h. t. *Cels*. Quodlibet debitum solutum a procuratore meo non repeto, quoniam, quum quis procuratorem omnium rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut creditoribus suis pecuniam solvat, neque postea exspectandum est, ut ratum habeat. — L. 9. §. 1. 5. L. 13. §. 2. de adm. et per tut. (26. 7.).

pagamento, questo è inefficace, e si può ricuperare la cosa pagata o per *vindicatio*, ovvero per *condictio* (d).

2) Al contrario il solo creditore ha diritto e facoltà di esigere il pagamento; senonchè:

a) Il pagamento fatto al creditore cui manca il *ius disponendi* non potrà essere valido; anzi il debitore non è liberato, ma può essere costretto ad un altro pagamento; dal quale può solo esimersi per mezzo dell' *exceptio doli*, quando la cosa pagata è ancora nelle mani del creditore (§. 142) (e).

b) Si può pagare anche al procuratore invece che direttamente al creditore, ma bisogna che il primo abbia o un mandato speciale, ovvero fosse *procurator omnium bonorum*. Soddisfatto il debito al procuratore, il pagamento resta valido, come anche quando poscia è rivocato il mandato (f).

c) In alcune circostanze si può pagare al creditore del creditore, quando vi fossero motivi di una gestione d'affari.

d) Finalmente il pagamento può farsi a colui che nell'atto della obbligazione sia stato destinato a ricevere il pagamento, *solutionis causa adiectus*, ma questi non avrà insieme diritto di esercitare da sè l'azione nascente dall'obbligazione contratta (g).

ANNOTAZIONE

Quando in un atto di obbligazione tra due determinate persone un terzo è aggiunto, in modo che potesse anche lui ricevere il pagamento, questi si chiama *solutionis causa adiectus;* così se qualcuno fa promettere a sè o a Tizio una qualche cosa: *mihi aut Titio centum dare spondes?* Questa relazione ha in sè qualche cosa di particolare, onde merita uno speciale esame. Avendo fermo il principio di dritto: che per mezzo di un contratto tra due determinate persone un terzo non potrà acquistare dritto alcuno, e che quando il contratto determina una prestazione a prò di un terzo, questa sarà efficace solo se conduce a vantaggio di uno dei contraenti, la relazione dell' *adiectus* si definisce chiara: egli non acquista per sè nessun dritto di obbligazione, poichè non è contraente, ma il debitore può pagare a lui, essendone abilitato dallo stesso creditore. Onde si dimostra la distinzione tra l' *adiectus* ed il mandatario; giacchè il dritto del debitore di pagare a costui cessa divietandolo il creditore; così pure si dimostra la differenza dall' *adstipulator*, in quantochè questi

(d) L. 55. h. t. *Ulp.* Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur, quemadmodum non alienantur numi, qui sic dantur, ut recipiantur.—§. 2. Inst. quib. alien. lic. (2. 8.).

(e) §. 2. Inst. quib. alien. lic. (2. 8.).—L. 15. h. t. L. 25. 27. C. de admn. et per. tut. (5. 37.).

(f) L. 11. de pact. (2. 14.). — L. 180. de R. I. (50. 17.). *Paul.* Quod iussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset. — L. 71. 106. h. t.

(g) L. 10. h. t.

è egli stesso un contraente, ed entrato che è nel legame di obbligazione, questa si fa correale rispetto ai creditori.

Considerando più da vicino la relazione dell'*adiectus* nei suoi più minuti particolari, si avrà che l'*adiectio* sarà efficace:

1) quando è valida la stessa obbligazione; e precisamente è richiesto che una persona validamente acquisti il dritto provveniente dall'obbligazione, e che a lui si aggiunga alternativamente l'*adiectus*, il quale nondimeno da sè non possa acquistare quel dritto medesimo. Quando adunque vengono nominate alternativamente nella stipulazione due persone le quali per sè stesse possono acquistare entrambe quel dritto, l'*adiectio* è di nessun momento: p. e. quando uno schiavo si fa promettere qualche cosa alternativamente per entrambi i suoi padroni (h). Altrimenti è quando un figlio di famiglia si lascia promettere qualche cosa a sè ed a suo padre, o il padre a sè o a suo figlio; imperocchè nel primo caso vi è una valida obbligazione, ma allora vi sarà propriamente un'*adiectio* quando il dritto di obbligazione nascente dal contratto appartenga ad un dritto esclusivo del figlio contraente p. e. al peculio castrense; nel secondo caso si comprende chiaramente che il figlio è un *adiectus* (i).

2) Non è prescritto nessun requisito nella persona dell'*adiectus*, egli può essere anche un pupillo o un demente, e a queste persone si può fare il pagamento anche senza l'autorità del tutore o l'assenso del curatore; anzi quando il debitore avesse pagato direttamente al tutore del pupillo o al curatore del mentecatto *adiectus*, è liberato dalla obbligazione, se dimostra una *in rem versio* nel patrimonio del pupillo o del mentecatto (k).

3) Circa l'obbietto è richiesto naturalmente che esso sia tale, che non si opponga alle condizioni della persona aggiunta (l). Pure per l'*adiectus* potrà essere espressamente convenuta una diversa cosa, e così il debitore che avrà pagato quest'altro oggetto, verrà tutelato *ope exceptionis* (m). Quando per l'*adiectus* è stabilito un *quantum* differente da quello del vero creditore, se il debitore paga il meno determinato per l'*adiectus*, secondo la intenzione de'contraenti deve ancora pre-

(h) L. 12. de stip. serv. (45. 3.). *Paul.* Nam quum uterque obligationis capax est, non invenimus, quis adiectus sit, quia non est cui petere possit.—confr. L. 9. §. 1. L. 10. 11. 13. 21. eod.

(i) L. 95. §. 5. de solut. (46. 3.). *Papin.* Quaesitum est, an ita stipulari quis possit: *mihi aut filio meo decem dari?* vel ita: *mihi aut patri?* Sed non incommode potest adhiberi distinctio, ut filio quidem stipulante patris tunc adiiciatur persona, quum stipulatio ei acquiri non possit, e contrario autem nihil prohibeat patre stipulante filii personam adiici, quum toties quod pater filio stipulatur, sibi stipulatus intelligitur, quum ipse sibi stipulatus non est, et in proposito manifestum est, non obligationis, sed solutionis gratia filii personam adiectam. — L. 56. §. 2. de V. O. (45. 1.).

(k) L. 11. 95. §. 7. de solution. (46. 3.). *Papin.* Nam si furiosi vel pupilli persona adiecta sit, ita tutori vel curatori pecunia recte dabitur, si conditionis quoque impiendae causa recte pecunia tutori vel curatori datur; quod quidem Labeo et Pegasus putaverunt utilitatis causa recipiendum. Idque ita recipi potest, si pecunia in rem vel pupilli, vel furiosi versa est.

(l) Ved. L. 10. §. 1. L. 12. de oper. libert. (38. 1.).

(m) L. 44. §. 4. de O. et A. (44. 7.). — L. 141. §. 5. de V. O. (45. 1.). *Gai.* Quum mihi, aut Titio stipulor, dicitur, aliam quidem rem in personam meam, aliam in Titii designari non posse, veluti mihi decem, aut Titio hominem; si vero Titio ea res soluta sit, quae in eius persona designata fuerit, licet ipso iure non liberetur promissor, per exceptionem tamen defendi possit. — L. 34. §. 2. L. 98. §. 6. de solut. (46. 3.).

stare il dippiù al creditore; ovechè se fu stabilito una minor somma per il creditore, e il debitore presceglie di pagare al creditore, viene perfettamente liberato, pagandosi però all'*adiectus*, sarà liberato pagando il dippiù (n).

4) Si possono convenire speciali modi per l'*adiectio;* precisamente una condizione o un termine onde non si possa a lui pagare nè prima nè dopo del tempo stabilito (o); si può anche determinare il luogo del pagamento: ed in quest'ultimo caso il creditore, quando si pagò in tutt'altro luogo col consenso dell'*adiectus*, potrà o pretendere nuovamente la prestazione, quando questa al cambiamento del luogo addivenne tutt'altra, ovvero in altri casi gl'interessi del luogo (p).

Quali siano le conseguenze dell'*adiectio* appare dai seguenti principii.

1) Perciò che riguarda la relazione tra il creditore e il debitore, quando nulla è stabilito in contrario, il debitore ha facoltà di pagar o al creditore o all'*adiectus;* la quale facoltà non gli potrà esser tolta neppure da un espresso divieto del creditore; onde quando il debitore ha pagato all'*adiectus*, è liberato *ipso iure* come se avesse pagato allo stesso creditore (q).

2) In riguardo alla relazione tra l'*adiectus* ed il debitore, è da tener fermo il principio che il primo non entra in legame di obbligazione, quindi non potrà mai produrre un'azione per costringere il debitore al pagamento; di qui la conseguenza che non potrà essere per lui costituita nè una intercessione, nè un dritto di pegno, non essendovi nella sua persona un'obbligazione principale. Oltre a ciò si comprende da sè stesso, che l'*adiectus* non potrà punto disporre del dritto di ricevere

(n) L. 98. §. 5. eod. *Paul.* Qui stipulatus sibi aut Titio, si hoc dicit: *si Titio non solveris*, dari sibi, videtur conditionaliter stipulari. Et ideo etiam sic facta stipulatione: *mihi decem, aut quinque Titio dari?* quinque Titio solutis liberabitur reus a stipulatore. Quod ita potest admitti, si hoc ipsum expressim agebatur, ut quasi poena adiecta sit in persona stipulantis, si Titio solutum non esset. At ubi simpliciter sibi aut Titio stipulatur, solutionis tantum causa adhibetur Titius; et ideo quinque ei solutis remanebunt reliqua quinque in obligatione. Contra si mihi quinque, illi decem stipulatus sim, quinque Titio solutis non facit conceptio stipulationis, ut a me liberetur; porro si decem solverit, non quinque repetet, sed mihi per mandati actionem decem debebuntur.

(o) L. 141. §. 6. de V. O. (45. 1.). — L. 98. §. 4. de solut (4. 6.). *Paul.* Mihi dare decem pure, aut Titio kalendis vel sub conditione, aut mihi kalendis Ianuariis, Titio Februariis, utiliter stipulor; quodsi mihi kalendis Februariis, Titio kalendis Ianuariis, potest dubitari. Sed rectius dicitur, utiliter stipulatum; nam quum in diem sit ea quoque obligatio, etiam mihi solvi potest ante Februarias: igitur et illi solvi poterit.

(p) L. 98. §. 6. de solut. *Ulp.* Idem Iulianus tractat, an is, qui Ephesi sibi, aut Titio dari stipulatus est, si alibi Titio solvatur, nihilo minus possit intendere, sibi dare oportere. Et Iulianus scribit, liberationem non contigisse, atque ideo posse peti, quod interest. Marcellus autem et alias tractat, et apud Iulianum notat, posse dici, et si mihi alibi solvatur, liberationem contigisse, quamvis invitus accipere non cogar; plane si non contigit liberatio, dicendum ait, superesse petitionem integrae summae, quemadmodum si quis insulam alibi fecisset, quam ubi promiserat, in nihilum liberaretur. Sed mihi videtur summae solutio distare a fabrica insulae, et ideo quod interest solum petendum. — L. 2. §. 7. de eo quod certo loco (13. 4.).

(q) §. 4. Inst. de inut. stipul. (3. 20.). — L. 16. pr. de fideiuss. (46. 1.). — L. 12. §. 3. L. 106. de solut. (46. 3.). *Gai.* Aliud est, iure stipulationis Titio solvi posse, aliud, postea permissu meo id contingere; nam cui iure stipulationis recte solvitur, ei etiam prohibente me recte solvi potest; cui vero alias permisero solvi, ei non recte solvitur, si priusquam solveretur, denuntiaverim promissori, ne ei solveretur. confr. L. 118. §. 2. de V. O. (45.1.). — L. 59. de solut.

il pagamento, e però non potrà consentire nè novazioni, nè accettilazioni, compensazioni ec.: in altre parole il suo stato giuridico si definisce così: ch'egli è abile a riscuotere un pagamento, e che il debitore pagando all'*adiectus* è liberato: questo rapporto è estremamente personale, di guisa che non pagherebbe utilmente chi pagasse agli eredi dell'*adiectus*, anzi al tutore e al curatore di lui (r).

3) Finalmente per ciò che s'attiene alle relazioni dell'*adiectus* col creditore, è certo che questi per mezzo dell'*actio mandati* potrà ripetere il pagamento che a lui fece il debitore; non è necessario che tra essi vi fosse un contratto di mandato, giacchè nella stessa *adiectio* vi è un mandato da parte del creditore, e nella riscossione si ravvisa l'accettazione di questo mandato (s).

Cessa questa relazione giuridica: quando l'obbligazione in qualunque modo si estingue: p. e. per mezzo della *litis contestatio* col creditore; con la morte dell'*adiectus*; col decorrere il tempo stabilito nell'*adiectio*; e finalmente col cambiamento della condizione giuridica dell'*adiectus*, che difficolterebbe al creditore il richiamo dei suoi dritti, come quando quegli si lascia arrogare (t).

§. 330.

2) Rispetto all'obbietto.

È richiesto che il pagamento sia di quello ch'è determinato nella obbligazione, che si paghi tutto in una volta, e che si paghi tanto quanto è convenuto.

1) Il debitore è dunque obbligato a pagare tutto ciò che è stato stabilito nella obbligazione; su questo principio è da osservare che:

a) Se vi è una *facultas alternativa* il debitore potrà offrire il pagamento di una diversa cosa (a).

b) Quando la prestazione dell'obbietto *in obligatione* è addivenuta

(r) L. 7. §. 1. de const. pec. (13. 5.). — L. 10 de solut. (46. 3.). *Paul.* Quod stipulatus ita sum: *mihi aut Titio?* Titius nec petere, nec novare, nec acceptum facere potest, tantumque ei solvi potest. — L. 23. de fideiuss. (46. 1.). — L. 23. de pign. (20. 1.). — L. 10. de novat. (46. 2.). — L. 55. de V. O. (45. 1.). — L. 81. de solut. (46. 3.).

(s) §. 4. Inst. de inut. stipul. (3. 20.). — L. 131. §. 1. de V. O. (45. 1.). — L. 98. §. 5. de solut. (46. 3.). — Ved. not. (u).

(t) L. 16. pr. de fideiuss. (46. 1.). — L. 57. §. 1. L. 81. pr. de solut. (46. 3.). *Ulp.* Item si mihi aut Titio stipulatus fuero dari, deinde petam, amplius Titio solvi non potest, quamvis ante litem contestatam posset. confr. la L. 56. §. 2. de V. O. (45. 1.) con le LL. 38. pr. 95. §. 6. de solut. Ved. — *Donelli*, comm. iur. civ. lib. XVI. c. 10. — *Rudelius*, de adiectio Altd. 1692. — *Vangerow*. §. 582.

(a) Pr. Inst. quib. mod. obl. (3. 29). Tollitur autem omnis obligatio solutione eius, quod debetur, vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec tamen interest, quis solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo; liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore sive ignorante vel invito solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ii, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fideiussor solverit: non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus. — L. 2. §. 1. de reb. cred. (12. 1.). — L. 16. 17. C. de solut. (8. 43.).

impossibile, il debitore è solo tenuto di pagarne il valsente, che dev'essere tassato in questa guisa: se vi è aggiunto un *dies* o un *locus solutionis*, si stimerà il valore secondo quel tempo o quel luogo, se poi non vi è fissato nè luogo nè tempo, fa mestieri distinguere s'è un *negotium stricti iuris* o *bonae fidei;* nel primo caso il valsente dell'obbietto si determinerà al tempo della *litis contestatio*, e nel secondo al tempo della *condemnatio* (b).

c) Così quando l'obbietto dell'obbligazione sia *in faciendo*, poichè nello spirito del diritto anteriore a Giustiniano come la *condemnatio* andava ad una somma, il debitore era obbligato a prestare la stima del fatto; ma nel diritto giustinianeo lo stesso *factum* è l'obbietto della obbligazione, e questo si ha l'obbligo di prestare anche per sentenza. Soltanto che quando la sentenza, la quale condanna a fare non è eseguita dal debitore, questi è obbligato a prestare l'*id quod interest* (c).

d) Pel *beneficium dationis in solutum* quando qualcuno sia obbligato ad una prestazione in moneta e senza sua colpa non possa adempierla, se il creditore lo forza al pagamento, ha facoltà di offrirgli in pagamento una qualunque cosa con tassazione di valore; così può fare anche l'erede che accettò l'eredità col beneficio dell'inventario. In simili casi se l'oggetto vale più, il creditore è obbligato a dare al debitore quest'eccesso, se meno, il debitore rimane ancora obbligato per quello che vi manca (d).

2) Il creditore può pretendere che il pagamento si compia in una sol volta, nè è obbligato ad accettarne solo una parte, e ciò vale ancora nelle obbligazioni divisibili (e). Qucsta regola è eccettuata quando solamente

(b) L. 22. de reb. cred. (12. 1.). *Iulian.* Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est; quaesitum est, cuius temporis aestimatio fieret, utrum quum datum esset, an quum litem contestatus fuisset, an quum res iudicaretur? Sabinus respondit, si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, (si non, quanti tunc), quum petitum esset. Interrogavi, cuius loci pretium sequi oporteat? Respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti, ubi esset petitum. — L. 4. de cond. tritr. (13. 3.).— L. 37. mand. (17. 1.).

(c) §. 32. Inst. de act. (4. 6.). — L. 13. §. 1. de re iud. (42. 1.).—L. 14. C. de sent. (1. 45.). *Iustinian.* Quum Papinianus, summi ingenii vir, in Quaestionibus suis rite disposuit, non solum iudicem de absolutione rei iudicare, sed et ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare, huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam, et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscatur. Cuius enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur.—Altri credono che la modifica giustinianea non riguardi le obbligazioni in *faciendo*, per le quali la sentenza dovrebbe andare alla stima del fatto. *Puchta. Ardts.*

(d) Nov. 4. c. 3.

(e) L. 13. §. 8. de act. emt. ved. (19. 1.).—L. 41. §. 1. de usuris. (21. 1.). — Ved. not. seg.

una parte del debito è liquidata ed un'altra è ancora illiquida o litigiosa, essendo allora la sola parte liquida dovuta (f).

3) Finalmente il creditore non può essere obbligato a soffrire una riduzione del suo credito. Pure in qualche caso un creditore bisogna che subisca una riduzione e specialmente:

a) In forza del *beneficium competentiae* (§. 96. v. I..); è da osservare solamente che tale beneficio non spetta a chi vi rinuncia, o è tenuto di dolo o colpa (g).

b) Nel caso di un patto di riduzione obbligatorio ancora per la minoranza de'creditori che non consenta. Il nostro diritto per rescritto di Marco Aurelio stabilisce che quando un erede non ha accettato una eredità, perchè i debiti superano l'attivo, i creditori della eredità possono convenire con l'erede di ridurre i loro crediti (h). Senonchè:

aa) Bisogna che s'invitino tutti i creditori ereditarii; conchiuso il patto di riduzione poi, gli assenti sono obbligati a permettere la riduzione dei loro crediti.

bb) La maggioranza dev'essere determinata secondo l'estensione dei crediti, e non secondo il numero dei voti; se tutti i crediti sono uguali, decide il numero de'creditori, se anche in questo caso vi è parità, decide l'*arbitrium iudicis* (i).

cc) La decisione della maggioranza si fa nota per mezzo di un decreto giudiziale.

dd) Conchiuso il patto, la minoranza dissenziente è obbligata a permettere la riduzione (k).

ee) Se tra i creditori vi fossero gl'ipotecarii, questi non sono tenuti al patto di riduzione; vi sono tenuti però i privilegiati per rescritto di Ant. Pio che rimase in vigore anche dopo il rescritto di Marco Aurelio,

(f) L. 21. de reb. ered. (12. 1.). *Iulian.* Quidam existimaverunt, neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere, et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem duntaxat iudicio persequi; sed in utraque causa humanius facturus videtur Praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur, quum ad officium eius pertineat lites deminuere.

(g) L. 22. §. 1. L. 52. de re iud. (42. 1.).— L. 4. §. 2. quod cum eo. (14. 5.). *Ulp.* Quamquam autem ex contractu in id, quod facere potest, actio in eum datur, tamen ex delictis in solidum convenietur. — L. 21. §. 6. de act. rer. amot. (25, 2.). — L. 63. §. 7. pro soc. (17. 2.).

(h) L. 7. §. 17. ss. de pact. (2. 14.). *Ulp.* Si ante aditam hereditatem paciscatur quis cum creditoribus, ut minus solvatur, pactum valiturum est.

(i) L. 8. 9. eod. ss. L. 10. eod. *Papinian.* Maiorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit. Quodsi aequales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum praeferendus est; in numero autem pari creditorum auctoritatem eius sequetur Praetor, qui dignitate inter eos praecellit. Sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a Praetore eligenda est; hoc enim ex Divi Marci Rescripto colligi potest.

(k) L. 58. §. 1. mand. (17. 1.).

sebbene i creditori della minoranza avessero diritto di far valere i loro privilegi contro i loro concreditori (l). I creditori i quali annuirono al patto sono obbligati a starvi anche rispetto ai fideiussori, i quali possono servirsi, come il debitore principale, di una *exceptio doli;* ma coloro i quali non vi annuirono, la minoranza, ed in generale gli assenti sono obbligati a stare al patto rispetto al solo debitore principale, non rispetto al fideiussore (m).

ff) Finalmente saranno sempre da adempiere le manomissioni testamentarie e la prestazione degli alimenti, purchè queste disposizioni non furono dettate per frodare i creditori (n).

§. 331.

2) Rispetto al luogo.

T. D. de eo quod certo loco (13. 4.).— C. ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit (3. 18.) — *Styrck*, de loco solutionis, Hall. 1705.

1) Quando si è stabilito il luogo del pagamento, il debitore non ha facoltà di pagare in luogo diverso senza assentimento del creditore (a), nè il creditore avrà quella di chiedere la soddisfazione del suo credito in un altro luogo (b); e se al contrario per colpa del debitore il pagamento non

(l) In questo modo è tolta la contraddizione tra la L. 18. mand. (17. 1.). e la L. 10. de pactis cit.

(m) Ved. L. 58. mand. cit. *Paul.* Lucius Titius creditori suo mandatorem dedit, deinde defuncto debitore maiore parte creditorum consentiente a Praetore decretum est, ut portionem creditores ab heredibus ferant absente eo creditore, apud quem mandator extiterat; quaero, si mandator conveniatur, an eandem habeat exceptionem, quam heres debitoris? Respondi: si praesens apud Praetorem ipse quoque consensisset, pactus videtur iusta ex causa; eaque exceptio et fideiussori danda esset, et mandatori. Sed quum proponas eum abfuisse, iniquum est auferri ei electionem, sicut pignus aut privilegium, qui potuit praesens id ipsum proclamare, nec desiderare decretum Praetoris; nec enim, si quis dixerit summovendum creditorem, heredi consulitur, sed mandatori vel fideiussori, quibus mandati iudicio eandem partem praestiturus est. Plane si ab herede partem accepisset, an in reliquum permittendum esset creditori fideiussorem convenire, dubitatum est; sed videbitur consentire decreto conveniendo heredem.

(n) L. 54. §. 1. de manumiss. test. (40. 4.). *Scaev.* Scripti testamento heredes ante aditam hereditatem pacti sunt cum creditoribus, ut parte dimidia contenti essent; et ita decreto a Praetore interposito hereditatem adierunt; quaero, an libertates in eo testamento datae competierunt? Respondit, si testator fraudandi consilium non habuisset, competere libertates. — L. 23. quae in fraud. cred. (42. 8.).

(a) L. 2. §. 7. L. 9. h. t. *Ulp.* Is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere invito stipulatore potest.

(b) L. 1. eod. *Gai.* Alio loco, quam in quem sibi dare quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere; sed quia iniquum erat, — si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet, quod vel data opera faceret vel quia aliis locis,

seguì nel luogo determinato, il creditore potrà pretendere l' *id quod interest*.

2) Da tutto ciò emerge che il pagamento assolutamente non si poteva nè domandare nè offrire in un luogo differente da quello determinato, a meno che non vi fosse a questo riguardo una speciale stipulazione (c). Senonchè si prese un temperamento a questo principio rigoroso, e si permise che l'azione potesse esercitarsi anche in un luogo differente da quello stabilito; tale temperamento si rendeva sommamente difficile nelle azioni di stretto diritto per il carattere rigoroso ed esclusivo di esse: fu quindi mestieri di concedere un' altra azione arbitraria appellata *de eo quod certo loco,* in forza della quale era data facoltà di convenire il debitore in un luogo diverso da quello stabilito: in un tale giudizio prima che si emani la condanna il giudice mette all' arbitrio del convenuto di soddisfare l'attore nel luogo pattuito; se presta a ciò cauzione, la sentenza non è pronunziata, rendendosi contumace, il creditore può pretendere l'interesse del luogo e la sentenza può essere eseguita nel luogo in cui è stata emanata; similmente è data facoltà al debitore di pagare al luogo pattuito, ovvero al luogo dell' azione sempre comprendendo nel pagamento l' interesse del luogo. Per la qual cosa una tale azione arbitraria era nel medesimo tempo vantaggiosa per l' attore e pel convenuto, pel primo in quanto che, guadagnando per il cambiamento del luogo, perde quanto importa l' interesse del convenuto, e questi mentre perde sotto il primo aspetto, guadagna sotto il secondo (d). Se al contrario si tratta di un' azione di buona fede non si avrà bisogno di un'azione arbitraria, bastando l'azione del contratto per avere l'esposto risultato.

3) Se vi sono determinati più luoghi di pagamento, essi possono essere stabiliti o copulativamente o alternativamente; nel primo caso in ciascun luogo determinato devesi offrire o chiedere una parte del pagamento; nel secondo caso, fino a che non si esercita l' azione, è data facoltà al debitore di pagare o nell' uno o nell' altro de' luoghi determinati; così la medesima facoltà è data al creditore di potere esercitare l' azione o nell'uno o nell'altro de'luoghi (e).

necessario distringeretur, — non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est, utilem actionem in eam rem comparare.

(c) L. 7. §. 1. h. t.

(d) L. 1. 2. 3. eod.—L. un. C. h. t. *Alexand.* Qui certo loco se soluturum pecuniam obligat, si solutioni satis non fecerit, arbitraria actione et in alio loco potest conveniri; in qua venit aestimatio, quod alterutrius interfuit, suo loco potius, quam in eo, in quo petitur, solvi.

(e) L. 2. §. 3. 4. h. t. *Ulp.* Scaevola libro quinto decimo Quaestionum ait, non utique ea, quae tacite insunt stipulationibus, semper in rei esse potestate, sed quid debeat, esse in eius arbitrio, an debeat, non esse. Et ideo eum, qui Stichum, aut Pamphilum promittit, eligere

4) Se poi nulla fu stabilito nel contratto rispetto al luogo, questo è implicitamente determinato dalla natura stessa dell'obbligazione; così se si tratta di restituzione, il luogo deve essere quello, dove fu preso l'oggetto (f); se al contrario si tratta di una cosa determinata *(species)*, o una quantità di una determinata moltitudine, il luogo del pagamento sarà dove le cose esistono, ovvero dove esisterebbero senza la frode del debitore; se questi vuol pagare in altro luogo, lo potrà fare sempre a suo rischio e pericolo (g). Finalmente quando non vi è nessuno di questi casi, il debitore avrà la facoltà di pagare dove incontra il suo creditore, e questi di chiedere dove potrà esercitare l'azione del contratto (h).

§. 332.

4) Rispetto al tempo.

Considerata in sè stessa l'obbligazione può esistere pienamente senza termine di pagamento: in generale può essere stabilita la regola che il pagamento deve seguire incontanente dopo fondata la obbligazione, o meglio dopo la sua costituzione in poi (a). Lo stabilire il tempo in cui deve essere soddisfatto il creditore spetta alle private convenzioni, alle speciali determinazioni della legge o giudiziarie, ma non nasce dal carattere giuridico della obbligazione.

posse, quod solvat, quamdiu ambo vivunt; ceterum ubi alter decessit, extingui eius electionem, ne sit in arbitrio eius, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet. Quare et in proposito eum, qui promisit Ephesi, aut Capuae, si fuerit in ipsius arbitrio, ubi ab eo petatur, conveniri non potuisse, semper enim alium locum electurum; sic evenire, ut sit in ipsius arbitrio, an debeat; quare putat, posse ab eo peti altero loco et sine loci adiectione; damus igitur actori electionem petitionis. Et generaliter definit Scaevola, petitorem electionem habere, ubi petat, reum, ubi solvat, scilicet ante petitionem. Proinde mixta, inquit, rerum alternatio locorum alternationi ex necessitate facit actoris electionem et in rem propter locum; alioquin tollis ei actionem, dum vis reservare reo optionem. Si quis ita stipulatur, *Ephesi et Capuae*, hoc agit, et Ephesi partem, et Capuae partem petat.

(f) L. 12. de rei vind. (6. 1.). — Ved. not. seg.

(g) L. 38. de iud. (5. 1.). *Licin. Rufin.* Quod legatur, siquidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet, ubi est, nisi si dolo malo heredis subductum fuerit; tunc enim ibi dari debet, ubi petitur. Praeterea quod pondere, aut numero, aut mensura continetur, ibi dari debet, ubi petitur, nisi si adiectum fuerit: *Centum modios ex illo horreo*, aut: *vini amphoras ex illo dolio*. Si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet, ubi res est. Et si mobilis sit res, ad exibendum agi cum herede poterit, ut exhibeat rem; sic enim vindicari a legatario poterit. — L. 11. §. 1. ad exhib. (10. 4.). — L. 12. §. 1. deposit. (16. 3.). — L. 43. §. 1. de leg. (30.).

(h) L. 22. de reb. cred. (12. 1.). — L. 4. de cond. tritr. (13. 3.). — L. 1. de ann. leg. (33. 1.). *Pompon.* Quum in annos singulos quid legatum sit, neque adscriptum, quo loco detur, quocunque loco petetur, dari debet, sicuti ex stipulatu, aut nomine facto petatur.

(a) L. 14. de R. I. (50. 17.). *Pompon.* In omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur.

Se adunque il tempo del pagamento è stabilito sia per private convenzioni, o per legge, o per giudizio, il debitore non può essere costretto di pagare prima che non decorre il tempo, ma non gliene vien tolta la facoltà.

In questa circostanza però è per sè stesso chiaro esservi un certo vantaggio pel creditore il quale riceve prima il pagamento *(comodum repraesentationis)*, ed un certo pregiudizio da parte del debitore il quale poteva godere degl' interessi fino alla scadenza *(incomodum repraesentationis)*, il fatto del quale vantaggio da una parte e del pregiudizio dall'altra appellasi *interusurium*, il cui montare dev' essere computato e prelevato nel pagamento (b).

Il tempo del pagamento può essere messo all' arbitrio del debitore, e quando questi lo ha stabilito, l'obbligazione è certa, onde il pagamento dipende da quella determinazione; se il debitore muore prima di aver determinato il tempo, l'obbligazione tutta è di nessun momento; per massima il creditore non ha nessuna azione per costringere il debitore a determinare il tempo (c).

ANNOTAZIONE

Il modo come debbesi computare l'*interusurium* non è privo d'interesse giuridico, nè è andato esente da controversie. È certo, che se si pensa al giorno che si sarebbe dovuto pagare il capitale che in vece si paga prima, e si tratta di sapere: quanto per questo pagamento anticipato lucra il creditore, e quanto perde il debitore, il complesso degl'interessi tra il giorno dell'effettivo pagamento ed il giorno determinato nel contratto forma l'*interusurio*, e però il computo di tali interessi non sarebbe difficile. Dato che si dovrebbe pagare un capitale di 1000 al 1. gennaio 1864, ed invece si paga al 1. gennaio 1862, pensato quest'ultimo termine, il guadagno da una parte e la perdita dall'altra che succede per questo anticipato pagamento, importa la somma degl'interessi di due anni, e se questi sieno del 5 p. 100, l'*interusurio* monta a 100, e se si computa l'interesse d'interesse a 102.

(b) L. 38. §. 16. L. 41. §. 1. L. 137. §. 2. de V. O. (45. 1.). — L. 70. de solut. (46. 3.). — L. 17. de R. I. L. 9. §. 8. de pecul. (15. 1.). — L. 82. pr. de leg. (31.). *Paul.* Debitor decem legavit creditori, quae ei post annum sub pignore debebat; non, ut quidam putant, medii temporis tantum commodum ex testamento debetur, sed tota decem peti possunt. Nec tollitur petitio, si interim annus supervenerit, nam sufficit, quod utiliter dies cessit. Quodsi vivo testatore annus superveniat, dicendum erit, inutile effici legatum, quamquam constiterit ab initio. Sic et in dote praelegata responsum est, totam eam ex testamento peti posse. Alioquin secundum illam sententiam, si interusurium tantum est in legato, quid dicemus, si fundus legatus sit ex die debitus — nam nec pecunia peti potest, quae non est legata, nec pars fundi facile inveniatur, quae possit pro commodo peti. — L. 66. pr. ad L. Falc. (35. 2.). — L. 1. §. 10. eod.

(c) L. 46. §. 2. de V. O. (45. 1.). *Paul.* Si ita stipulatus fuero: *cum volueris*, quidam inutilem esse stipulationem aiunt; alii ita inutilem, si, antequam constitueris, morieris; quod verum est. — L. 11. §. 6. L. 41. §. 13. de leg. (32.).

Tutt' altra sarà la computazione quando si pensa non il termine stabilito, ma il giorno in cui è fatto il pagamento anticipato, ossia il momento della *repraesentatio*, e quando si cerca il vero valore di un capitale pagato in un tempo antecedente alla scadenza. Posto che il debitore ed il creditore convengono che il primo pagasse quel capitale di 1000 al 1. gennaio 1862 e che sottraesse l'*interusurio*, è evidente che in questo caso egli non potrà sottrarre 100, ossia quanto avrebbe ritratto di utile, se non avesse anticipato il pagamento; imperocchè come il debitore farebbe un guadagno, avendo non solo quanto ritrarrebbe fino al termine stabilito (100), ma anche gl'interessi di questa somma fino a quel punto; così il creditore vi perderebbe, in quanto che a lui dalla somma di 900 in due anni non verrebbe l'interesse di 100 per completare il suo capitale. Onde una tale computazione, sostenuta dal *Carpzov* (e) non è più ammessa.

La computazione più giusta adunque, quando si pensa al giorno dell'effettivo pagamento anticipato, sarebbe di sottrarre dalla somma pagata tanto, per quanto tutto quello che rimane con gli interessi di questa somma pel tempo che corre dall'effettivo pagamento al giorno determinato dal contratto, corrisponde esattamente al capitale dovuto. La somma sottratta secondo questa computazione sarebbe l'*interusurium*, il quale sarà il valore degli interessi che il debitore avrebbe guadagnato se avesse pagato il capitale dovuto nel giorno stabilito nel contratto. Dato il caso che uno deve al 1. gennaio 1864 un capitale di 100 con gl' interessi del 5 per 100: devesi cercare il valore di questo capitale al 1. gennaio 1863. Questo problema si scioglie con la seguente semplice proporzione; come il capitale con il corrispondente interesse sta al capitale senza l'interesse, così sta quest'ultimo al capitale cercato p. e.

$105 : 100 :: 21 : 20 :: 100 : x$, e per conseguenza $\frac{20 \times 100}{21} = 95\frac{5}{21}$; e così l'*interusurium* da sottrarsi sarebbe di $4\frac{16}{21}$.

Questo calcolo così evidentemente matematico porta il vero pareggiamento giuridico de' dritti del creditore con quelli del debitore; imperocchè il creditore invece di ricevere i suoi 100 ne riceverà $95\frac{5}{21}$, questa somma rende in un anno $4\frac{16}{21}$ per conseguenza alla fine dell'anno che sarebbe il tempo stabilito conseguirà i suoi 100: Dall'altra parte il debitore col conseguire l'*interusurio* guadagna tanto per quanto avrebbe conseguito alla fine dell'anno; in fatti $4\frac{16}{21}$ che ritiene frutteranno l' anno $\frac{5}{21}$, poichè $\frac{4\frac{16}{21}}{20} = \frac{5}{21}$; sicchè sommando questa frazione coll'*interusurio* al termine stabilito dal contratto, si troverà l'interesse del 5, che avrebbe avuto se non avesse pagato anticipatamente. Questa regola è facilissima quando si tratta, come nel caso addotto, di un sol periodo d' interessi; riesce di qualche difficoltà quando vi sono più periodi, e la difficoltà consiste in ciò: se si devono computare i soli periodi ognuno per sè, o fa mestieri ancora computare l'interesse d' interesse. *Hoffmann* sostiene la prima opinione ricavando l'*interusurio* con la medesima pro-

(e) Ved. *Carpzov*. decis. p. 3. dec. 275.

porzione p. e. dato che vi fosse un capitale di 100, il quale si paga due anni prima, si avrà la seguente proporzione 110 : 100 : : 11 : 10 : : 100 : x, sicchè $x = \frac{1000}{11} = 90\frac{10}{11}$ l'*interusurio* adunque di due anni sarebbe $9\frac{1}{11}$ (f). Al contrario secondo il *Leibnitzio* non sarebbe sufficiente di computare il semplice interesse dei singoli anni, ma il problema si enuncierebbe piuttosto in questa guisa: cercare un capitale il quale nell'assieme computando gl'interessi tra il tempo del pagamento e quello determinato nel contratto, quindi gl'interessi da cavarsi da questa somma e gl'interessi di questi interessi, sia eguale al capitale dovuto. Una tale computazione è certamente molto più complicata, il processo più semplice sarebbe il seguente; si sommi l'intero capitale fino al termine stabilito con gl'interessi di un anno, e la somma avuta si moltiplichi tante volte per sè stessa quanti anni d'interessi vi sono; si ripeta l'operazione per il capitale semplice senza gl'interessi, e si avrà che come stanno queste due somme tra loro, così sta il capitale dovuto al cercato; p. e. debbesi cercare il valore di un capitale di 100 dovuto dopo due anni e che si paga due anni prima, sia l'interesse al 5 p. 100, si avrà $105^2 : 100^2 = 21^2 : 20^2 = 441 : 400 : : 100 : x$, ossia $x = \frac{400 \times 100}{441} = 90\frac{310}{441}$; di modo che l'*interusurio* di due anni importerebbe $9\frac{131}{441}$ (g).

Quale di questi due sistemi è da applicare è la quistione tra i giuristi; contro il sistema del *Leibnitzio* si è detto, che non può essere attuato essendovi un anatocismo (§. 40), e per conseguenza contrario alle leggi; ma bisogna osservare che il *Leibnitzio* non chiede che il debitore dovesse pagare l'interesse dell'interesse, ma suppone che il creditore, ricevendo gl'interessi di un capitale, li colloca ancora come capitali e ne percepisca altri interessi, ed in questo non vi è certamente anatocismo. Per la qual cosa le ragioni addotte contro il sistema del *Leibnitzio* non reggono e si può affermare che, matematicamente considerata la cosa, il sistema predetto è il solo che in un pagamento anticipato di più anni potesse pareggiare gl'interessi del creditore e del debitore. Dall'altra parte bisogna convenire che il sistema del *Leibnitzio* suppone dei dati che comunemente non avvengono sempre, cioè che gl'interessi appena decorrono vengono pagati, e che nello stesso momento siano collocati novellamente ad interessi, il che viene di rado specialmente quando si tratta di una piccola somma; e perciò il sistema di *Leibnitzio* in realtà apprezza più alto il capitale di quello che potrebbe farlo valere anche il più diligente padre di famiglia, sicchè si ritiene come più pratico il sistema dell'*Hoffmann*.

Una tale computazione è fatta senza l'aiuto delle leggi, poichè dove le leggi rammentano l'*interusurio* non danno nel medesimo tempo la norma per determinarlo. In una sola legge troviamo stabilito una norma di computazione ed è la legge 88 §. 3 *ad leg. Fal.* (35. 2); il caso messo in questa legge è il seguente. Qualcuno lascia un patrimonio di 200, lega 100 ad A puramente e 100 a B sotto condizione. Pendente la condizione, l'erede da quest'ultima somma ricava una rendita di 25;

(f) *Q. A. Hoffmann.* dimostr. della giusta comput. dell'*interusurio* append. alla *math. forens.* di *Polack*. pag. 151.

(g) *Leibnitz.* medit. iur. math. de interus. ved. Act. Eruditor. ott. 1682. p. 425.—*Polack*, mathesis. fo ensis. Lips. 1770.

avvenuta la condizione, vuol sottrarre in proporzione da'due legati 25 che ancora manca per la sua *quarta* ed i rispettivi interessi, per conseguenza devesi cercare il valore dei due legati. A questo proposito *Africano* stabilisce la norma che il legato di B dev' essere considerato di tanto più piccolo, in quanto l'erede durante la condizione ricavò d' interessi, di modo che A dovrebbe all'erede contribuire $\frac{4}{7}$ e B $\frac{3}{7}$. Per la qual cosa dal perchè *Africano* accetta il legato di A=100, e quello di B=75, e fissa quest' ultima somma, perchè sottrae gl' interessi goduti dall' erede pendente la condizione, è certo che in fondo vi è il sistema sostenuto dal *Carpzov*; non devesi tuttavolta stabilire questo sistema della legge 88 come regola generale per l'*interusurio*; imperocchè in questo caso si tratta di stabilire il valore dei legati al compimento del termine, ed è perciò che, come dicemmo innanzi, l'*interusurio* è formato dagl' interessi ricavati nel frattempo. In conchiusione bisogna prescindere dal sistema adoperato da *Africano*, e dedurre il sistema di determinare l'*interusurio* dalla natura istessa di ciascun fatto determinato (h).

§. 333.

a) Della temporanea sospensione del pagamento a causa di necessaria dilazione, moratorii e cessione di beni.

1) Come temperamento delle regole sul tempo in cui debbesi effettuire il pagamento, il diritto riconosce una dilazione, che il debitore potrà ottenere anche contro la volontà del creditore, per mezzo della quale la soddisfazione del debito, e quindi l'azione del pagamento è sospesa per alcun tempo. Sul che decide la volontà dei creditori espressa per maggioranza di voti, sia che un tale temperamento si prenda in interesse degli stessi creditori, sia che si prenda per favorire il debitore. La maggioranza è sempre fissata dal valore de' crediti, e se questi sono eguali, dal numero materiale dei voti. In tutt'i casi la dilazione non può eccedere i cinque anni (a); ma vi sono tenuti anche i creditori ipotecarii.

(h) Ved. *Vangerow*, §. 587.

(a) L. 8. C. qui bon. ced. poss. (7.71.). *Iust.* Qunm solito more a nostra maiestate petitur, ut ad miserabile cessionis bonorum homines veniant auxilium, et electio detur creditoribus vel quinqnennale spatium eis indulgere vel bonorum accipere cessionem, salva eornm videlicet existimatione et omni corporali crnciatu semoto; qnotidie dubitabatnr, si quidam ex creditoribns volnerint quinqnennales dare iudicias, alii autem iam nunc cessionem accipere velint, qui audiendi sint. In tali itaqne dubitatiooc nemiui putamns esse ambiguum, quod seotimus, et quod humaniorem sententiam pro dnriore eligimus. Et sancimus, ut vel ex cumulo debiti vel ex numero creditorum cansa iudicetur. Et si quidem unus creditor aliis omnibus gravior in snmma debiti inveoiatnr, ut, omoibns in unum coadunatis et debitis eornm computatis, ipse alios aotecellat, ipsius sententia obtineat, sive indulgere tempus sive cessionem accipere desiderat. Si vero plures qnidem sunt creditores, ex diversis autem qnantitatibus, et nnnc amplior debiti cumulus minori summae praeferatnr, sive par sive discrepans numerus est creditorum, qnnm non

2) Una tale dilazione può essere concessa per rescritto imperiale, ed è chiamata *moratorium* o *literae iudiciales, quinquennales, respiratoriae*. Gl'imperatori romani facevano uso spesso di questo loro diritto, specialmente quando si persuadevano che per questo mezzo poteva salvarsi il debitore, il quale avrebbe potuto riprendere con più facilità poscia regolarmente i suoi affari; per questa specie di dilazione si richiede che il debitore dia cauzione di soddisfare il creditore dopo decorso il termine accordato (b).

3) Quando un debitore senza sua colpa addiviene insolvente, può sottrarsi alle conseguenze dell'azione del suo creditore, cedendogli i suoi beni, atto, che perciò fu appellato *cessio bonorum*. Per mezzo di un tale beneficio il debitore si libera da molti pregiudizii, che gli sarebbero avvenuti per l'insolvenza, come l'infamia in caso di un concorso dei creditori ecc. I beni ceduti non passano nella esclusiva proprietà del creditore, ma sono dati in detenzione, e producono una semplice sospensione di pagamento; per questo principio si riconosce che quando più tardi dopo la cessione de'beni il debitore viene in migliore condizione, potrà essere convenuto in giudizio, senonchè avrà il *beneficium competentiae* (c).

ex frequentissimo ordine foeneratorum, sed ex quantitate debiti causa trutinatur. Pari autem quantitate debiti inventa, dispari vero creditorum numero, tunc amplior pars creditorum obtineat, ut, quod pluribus placeat, hoc statuatur. Sin vero undique aequalitas emergat tam debiti quam numeri creditorum, tunc eos anteponi, qui ad humaniorem declinant sententiam, non cessionem exigentes, sed inducias. Nulla quidem differentia inter hypothecarios et alios creditores, quantum ad hanc electionem, observanda; in rebus autem officio iudicis partiendis suam vim singulis creditoribus habentibus, quam eis legum praestabit regula. Nullo praeiudicio creditorum cuiquam ex quinquennii dilatione circa temporalem praescriptionem generando.

(b) L. 2. 4. C. de proecib. imp. (1. 19.). *Constantin.* Quoties rescripto nostro moratoria praescriptio remittitur, aditus supplicandi pandatur. Quod autem totius negotii cognitionem tollit, et vires principalis negotii exhaurit, sine gravi partis alterius dispendio convelli non potest. Nec praescriptionis igitur peremtoriae relaxatio petatur.

(c) L. 3. 4. 5. 7. 8. 9. de cess. bon. (42. 3.). *Ulp.* Is, qui bonis cessit, si quid postea acquisierit, in quantum facere potest, convenitur. Sabinus et Cassius putabant, eum, qui bonis cessit, ne quidem ab aliis, quibus debet, posse inquietari. — L. 1. 4. 6. C. qui bon. ced. poss. (7. 71.). — L. 11. C. ex quib. caus. infam. (2. 12.).

§. 334.

b) Della mora.

T. D. de usuris et fructibus... et de mora (22. 1.).— *Ferretus*, de mora et interesse, 1550. — *Donellus*, de mora (op. omn. X. pag. 1429.). — *Contius*, de diversis (op. omn. pag. 534.). — *Madai*, della teoria della mora, Hal. 1837. — *Wolf*, teoria della mora. Gatt. 1831.

Qualunque ingiusto ritardo nell'adempimento della obbligazione è detto *mora*. Per sua natura la mora suppone sempre la colpa di colui il quale ritarda l'adempimento, e però non vi sarà mora, quando la obbligazione non è adempiuta per caso fortuito, o per contingenze indipendenti dalla volontà (a). La mora può addebitarsi all'uno e all'altro soggetto dell'obbligazione: se è da parte del debitore si dirà *mora in solvendo* o *debendi*, se da parte del creditore sarà detta *mora in exigendo* o *accipiendi* (b).

I. Affinchè il debitore potesse trovarsi in mora conviene:

1) Che l'obbligazione si potesse far valere per via di azione, se al contrario l'obbligazione mancasse di azione, ovvero all'azione si potesse opporre una eccezione dilatoria, il debitore non può essere tenuto per mora.

2) Che il creditore interpellasse il debitore, ossia notificasse la scadenza della obbligazione, e che egli aspetta il pagamento; la interpellazione deve essere fatta *rite*, cioè dev'essere fatta alla persona del debitore e nel luogo e nel tempo in cui l'obbligazione poteva essere domandata (c). Vi sono però modificazioni a questa regola secondo le quali il debitore è messo in mora senza la interpellazione, ed allora la mora dicesi obbiettiva, *ex re;* i casi sono i seguenti:

a) Quando vi è stabilito il giorno in cui l'obbligazione dev'essere adempiuta, si ha la massima *dies interpellat pro homine*.

b) Quando il termine è stabilito per legge: *lex interpellat pro homine*, i casi che vanno sotto questa categoria sono i seguenti:

(a) L. 32. h. t.—confr. L. 15. pr. L. 23. §. 1. de op. lib. (38. 1.).—L. 1. §. 13. de estr. cognit. (50. 13.). — L. 88. de R. I.—L. 127, de V. O.—L. 40. de reb. cred. (12. 1.).

(b) L. 37. mand. (17. 1.). — L. 105. de V. O. (45. 1.). *Iavol.* Stipulatus sum, Damam aut Erotem servum dari; quum Damam dares, ego, quominus acciperem, in mora fui; mortuus est Dama, an putes, me ex stipulatu actionem habere? Respondit, secundum Massurii Sabini opinionem puto te ex stipulatu agere non posse; nam is recte existimabat, si per debitorem mora non esset, quominus id, quod debebat, solveret, continuo eum debito liberari.

(c) L. 32. §. 1. 3-5. h. t.—L. 24. de V. O. (45. 1.).— L. 24. §. 2. h. t. L. 19. §. 3. de V. O.—L. 88. de R. I. *Scaev.* Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.

α) Quelli che posseggono in mala fede, e sono obbligati alla restituzione, si ritengono *in mora* dal momento del loro possesso (d).

β) Quando non vi è nessuno a cui puossi rivolgere la interpellazione, perchè il debitore è assente, e non vi è procuratore, purchè non vi fosse un giusto motivo di assenza (e).

κ) Se l'enfiteuta mancò di pagare il canone per tre anni, e per due nelle enfiteusi ecclesiastiche.

δ) Nel caso che si differisse il pagamento in favore del minore, e del fisco, quantunque non vi sia determinato il termine del pagamento medesimo (f).

ι) Nei legati per cause pie (g).

φ) Nel caso che per fedecommesso fu legata la libertà allo schiavo (h).

γ) La dote promessa ad un estraneo dev'essere pagata in due anni, sicchè dopo di questo termine il promittente è in mora (i).

(d) L. 14. §. 11. quod. metus caus. (4. 2.). — L. 19. de vi (43. 16.). *Tryphon*. Merito Iulianus respondit, si me de fundo vi deieceris, in quo res moventes fuerunt, quum mihi interdicto. Unde vi restituere debeas non solum possessionem soli, sed et ea, quae ibi fuerunt, quamquam ego moram fecero, quominus interdicto te convenirem, subtractis tamen mortalitate servis, aut pecoribus aliisve rebus causa intercidentibus, tuum tamen onus nihilominus in iis restituendis esse, quia ex ipso tempore delicti plus quam frustrator debitor constitutus es. — L. 8. §. 1. L. ult. de cond. furt. (13. 1.). — L. 18. 20. §. 21. de hered. pet. (5. 3.). — L. 7. C. de cond. ob turp. caus. (4. 7.).

(e) L. 23. §. 1. h. t. *Ulp*. Aliquando etiam iure moram esse decerni solet, si forte non extat qui conveneretur.

(f) L. 3. C. in quib. caus. in integr. (2. 41.). — L. 26. §. 1. de fideicom. lib. (40. 5.). — L. 17. §. 5. h. t. *Paul*. Fiscus ex suis contractibus usuras non dat, sed ipse accipit, ut solet a foricariis, qui tardius pecuniam inferunt, item ex vectigalibus; quum autem in loco privati successit, etiam dare solet.

(g) L. 46. §. 4. C. de episc. et cleric. (1. 3.). *Iustin*. De omni autem tempore, per quod distulerint facere disposita scripti heredes, eos cogi solvere et fructus, et reditus, et omnem legitimam accessionem a tempore mortis testatoris sancimus, non habita ratione morae a litis contestatione aut conventione, sed ipso iure fieri videatur mora, quae dici solet, ét locum habeat fructuum et aliarum rerum accessio.—§. 7. Inst. de obl. quasi ex contr. (3. 27.).—Nov. 131. c. 12.

(h) L. 5. de minor. (4. 4.). — L. 26. §. 1. de fideicom. lib. (40. 5.). *Ulp*. Apparet igitur, subventum fideicommissis libertatibus, ut in re mora facta esse his videatur; et ex die quidem, quo libertas peti potuit, matri tradentur manumittendi causa, ex die vero, quo petita est, ingenui nascantur. Plerumque enim per ignaviam, vel per timiditatem eorum, quibus, relinquitur libertas fideicommissa, vel ignorantiam iuris suis, vel per auctoritatem et dignitatem eorum, a quibus relicta est, vel serius petitur, vel in totum non petitur fideicommissa libertas; quae res obesse libertati non debet. Quod igitur defendimus, ita determinandum est, ut ingenui quidem exinde nascantur, ex quo mora libertati facta est; manumitti autem partum dici debeat, ex quo peti libertas potuit, quamvis non sit petita. Certe minoribus viginti quinque annis et in hoc tribuendum est auxilium, ut videatur in re mora esse; nam qua ratione decretum, et a Divo Severo constitutum est, in re moram esse circa pecuniaria fideicommissa, iure minoribus relicta sunt, multo magis debet etiam in libertatibus hoc idem admitti.

(i) L. ult. §. 2. C. de iur. dot. (5. 12.).

Il creditore è posto in mora, ossia vi è una mora *accipiendi:*

1) Quando il pagamento è stato già offerto dal debitore nel luogo e nel modo debito, ed il primo senza motivo giusto lo rifiuta (k).

2) Quando il debitore fa di tutto come adempiere la obbligazione, e si chiede un fatto del creditore per prepararne la soddisfazione, come la liquidazione di un conto, e questi si rende contumace (l).

3) Finalmente quando è determinato nel contratto il luogo ed il tempo, il creditore è in mora se nel giorno posto non trovasi al luogo designato, quandochè si è già presentato il debitore (m).

II. La mora del debitore o la *mora solvendi* produce le seguenti conseguenze:

1) Il debitore è tenuto per qualunque danno che nasce a causa della mora, e quindi a soddisfare le pene convenzionali (n).

2) Per mezzo della mora l'obbligazione viene perpetuata, ossia il debitore non è più liberato per la casuale perdita della cosa. Però il debitore non deve essere assolutamente tenuto del caso fortuito; che se egli prova che l'obbietto medesimo sarebbe perito anche in mano del creditore, il quale non avrebbe potuto alienarlo, può esser liberato (o).

(k) L. 39. L. 72. §. 3. de solut. (46. 3.). *Afric.* Si soluturus pecuniam tibi iussu tuo signatam eam apud nummularium, quoad probaretur, deposuerim, tui periculi eam fore, Mela libro decimo scribit; quod verum est, cum eo tamen, ut illud maxime spectetur, an per te steterit, quominus in continenti probaretur; nam tunc perinde habendum erit, ac si parato me solvere tu ex aliqua causa accipere nolles. In qua specie non utique semper tuum periculum erit; quid enim si inopportuno tempore vel loco obtulerim? His consequens esse puto, ut, etiamsi et emtor nummos, et venditor mercem, quod invicem parum fidei haberent, deposuerint, et nummi emtoris periculo sint; utique si ipse eum, apud quem deponerentur, elegerit; et nihilominus merx quoque, quia emtio perfecta sit. — L. 9. §. 5. de pignor. act. (13. 7.). — L. 122. pr. de V. O. (45. 1.). — L. 39. de R. I. (50. 17.). — L. 6. 19. C. h. t. — Nov. 117. c. 2.

(l) L. 3. §. 4. de act. emt. vend. (19. 1.). *Pompon.* Quodsi per emtorem mora fuisset, aestimari oportet pretium, quod sit, quum agatur, et quo loco minoris sit. Mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quominus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere. Item non oportet eius loci pretia spectari, in quo agatur, sed eius, ubi vina tradi oportet; nam quod a Brundisio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, Brundisii tradi oportet. — L. 4. C. de usur. pup. (5. 56.).

(m) L. 23. §. 1. h. t. — L. 18. pr. de pec. const. (13. 5.).

(n) L. 17. §. 1. de rei vind. (6. 1.). — L. 3. pr. 38. §. 4. 14. h. t. *Paul.* Et quidem si fundus ob rem datus sit, veluti dotis causa, et renuntiata affinitas, fructus quoque restituendi sunt, utique hi, qui percepti sunt eo tempore, quo sperabatur affinitas; sed et posteriores, si in re mora fuit, ut ab illo, qui reddere debeat, omnimodo restituendi sunt. Sed et si per mulierem stetit, quominus nuptiae contrahantur, magis est, ut debeat fructus recipere. Ratio autem haec est, quod, si sponsus non conveniebatur restituere fructus, licuerat ei negligere fundum. — L. 8. §. 6. de prec. (43. 26.). — L. 114. de V. O. (45. 1.).

(o) L. 12. §. 4. ad exhib. (10. 4.). *Paul.* Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo et culpa possessoris, tamen interdum tanti damnandus est, quanti actoris interfuerit per eum non effectum, quo minus tunc, quum iudicium acciperetur, homo

Circa l'*aestimatio* fa d'uopo distinguere se antecedentemente fu stabilito il tempo del pagamento, ed in questo caso l'oggetto sarà stimato secondo il valore che aveva in quel tempo (p). Nel caso che non fosse determinato il tempo o il luogo, la *aestimatio* sarà del tempo in cui la cosa riceveva il massimo valore, cioè nei giudizii di buona fede si ritiene il tempo della condanna, in quello di stretto diritto quello della *litis contestatio* (q). In caso di furto il creditore può liberamente stimare l'oggetto dal momento della mora fino al tempo della condanna (r).

3) Il debitore moroso deve rifare il creditore di tutti i frutti sia *percepti* che *percipiendi;* è obbligato a prestare gl'interessi in caso che l'obbietto fosse una quantità, e finalmente deve rispondere di ogni pregiudizio (s).

4) Per mezzo della *mora solvendi* si estingue la *mora accipiendi.*

Le conseguenze della mora rispetto al creditore, o della *mora accipiendi* sono le seguenti:

1) Appena è in mora il creditore, il debitore è tenuto di dolo e colpa lata (t).

2) In tutti i casi nei quali pel debitore sta ogni pericolo, questo passa al creditore dal momento della mora, e però il creditore deve a lui pre-

exbiberetur; tanto magis, si apparebit, eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tum exbibitus fuisset. — L. 5. de reb. cred. (12. 1.). — L. 82. §. 1. L. 91. §. 3. 4. de V. O. (45. 1.). — L. 58. §. 1. de fideiuss. (46. 1.). — L. 3. C. de usur. (6. 47.). — L. 14. §. 1. depos. (16. 3.). — L. 40. pr. de recept. (4. 8.). — L. 15. §. 3. de rei vind. (16. 1.). — L. 47. §. 6. de legat. (30.).

(p) L. 22. de reb. cred. (12. 1.). — L. 59. de V. O. (45. 1.). *Iulian.* Quoties diem, vel sub conditione oleum quis stipulatur, eius aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit; tunc enim ab eo peti potest, alioquin rei captio erit.

(q) L. 3. §. 3. de act. emt. vend. (19. 1.). *Pompon.* Si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur; item quo loco pluris fuit, vel quo venit, vel ubi agatur. — L. 3. 4. de cond. tritr. (13. 3.). *Gai.* Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die quo dari debuit; si de die nihil convenit, quanti tunc, quum iudicium acciperetur.

(r) L. 2. §. 1. de cond. furt. (13. 1.). *Ulp.* Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur. Placet tamen, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime quum deteriorem rem factam fur dando non liberatur; semper enim moram fur facere videtur.

(s) L. 3. pr. §. 1. de usur. (22. 1.).

(t) L. 17. de per. et com. (18. 6.). *Pompon.* Illud sciendum est, quum moram emtor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore. Quodsi per venditorem et emtorem mora fuerit, Labeo quidem scribit, emtori potius nocere, quam venditori moram adhibitam; sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. Quid enim, si interpellavero venditorem, et non dederit id, quod emeram, deinde posteriore offerente illo ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emtorem mora fuisset, deinde, quum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, quum posset se exsolvere, aequum est, posteriorem moram venditori nocere. — L. 9. sol. matr. (24. 3.).

stare quegl'interessi che nascono in forza della mora (u). Finalmente per mezzo della *mora accipiendi*, si distrugge la *mora solvendi*.

III. I pregiudizievoli effetti della mora si possono riparare (*mora purgatur*) per mezzo di una mora contraria, ovvero quando prima della contestazione della lite il debitore offre il pagamento, il quale è accettato dal creditore, purchè si offre anche quello che gli si dovea (w); la mora si estingue inoltre con l'estinguersi, come per novazione, l'obbligazione medesima (v).

ANNOTAZIONE

Il porre immediatamente il debitore in mora senza bisogno d'interpellazione quando vi è stabilito un *dies certus* per il pagamento, non è un principio ammesso unanimemente dai giuristi; anzi in questi ultimi tempi è sopra questo punto la più viva controversia. È certo che la massima *dies interpellat pro homine* fin dai tempi dei Glossatori, della scuola francese, e delle scuole moderne è stata la comune opinione (x). Questa regola fu molto contrastata da non pochi della scuola francese (y), ma la massima citata addivenne in seguito tanto universale da dimenticarsi per fino l'antica controversia a questo riguardo, poscia in questi ultimi tempi da valenti giuristi fu novellamente quella tesi combattuta, e ferve ancora la controversia (z).

Chi attentamente esamina questa tesi e mette la massima *dies interpellat pro homine* in relazione coi principii in rapporto alla mora, non può non prendere in seria considerazione l'antica opinione.

(u) L. 3. §. 4. L. 38. §. 1. de act. emt. vend. (19. 1.). — Ved. not. (l). — L. 1. §. 3. de per. et com. rei vend. et trad. (18. 6).

(w) L. 73. §. 2. L. 91. §. 3. de V. O. (45. 1.). *Paul.* Sequitur videre de eo, quod veteres constituernnt, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intelligendum sit. Et quidem si effecerit promissor, quominus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio; si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. Et Celsus adolescens scribit, eum, qui moram fecit in solvendo Stichum, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo; esse enim hanc quaestionem de bono et aequo; in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur. Et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur; nam dum quaeritur de damno, et par utriusque causa sit, quare non potentior sit, qui teneat, quam qui persequitur?

(v) L. 29. §. 1. de V. O. (45. 1.). — L. 17 de condit. furt. (13. 1.). — L. 8. 15. de nov. (46. 2.). *Ulp.* Si Stichum dari stipulatus fuerim, et quum in mora promissor esset, quominus daret, rursus eundem stipulatus fuero, desinit periculum ad promissorem pertinere, quasi mora purgata.

(x) Ved. Glossa ad leg. 9. §. 1. L. 32. h. t. — *Donell.* de mora inr. civ. XVI. 2. — *Cuiac.* op. omn. IX. pag 1265. — *Schroter*, giorn. di Giess. IV. pag. 105.

(y) Ved. Ferretus, cit.— *Contius*, cit. — *Charondas*, verisim. III. c. 10. (vedi Ottonis thes. I. 183.). — *Grangianus*, paradora (ved. Otton. thes. V. pag. 618).

(z) Sono in favore *Beckendorff*, dies interpellat pro homine, Heidelberg. 1835. — *Thibaut*, §. 101. Arch. di prat. civ. VI. 2. XVI. 7.— *Valett.* §. 492. — *Seuffert*, §. 245. — *Muhlenbruch*, §. 34. — *Goschen*, §. 417. — *Vangerow*, §. 588. Sono contrarii: *Warnkoenig*, comm. iur. civ. tom. II. 123. — *Puchta*, §. 269. — *Arndts*, §. 251. — *Schröter*, giornale di diritto e pr. civ. di Giessen. IV. 5. VIII. 3.

E prima d'ogni altro è regola generale di diritto ed inerente alla natura istessa della cosa, che dal momento ch'è conchiusa la obbligazione, la relazione giuridica è già determinata, e il creditore ha facoltà di essere soddisfatto, come il debitore ha l'obbligo del pagamento; ma per effettuare quest'obbligo si richiede certamente che il debitore conosca che il creditore domandi la soddisfazione del suo credito; per lo che non possiamo punto ammettere una colpa da parte del debitore, quando questi, tuttochè tenendo in pronto il pagamento, aspetta che il creditore chieda di essere soddisfatto. Da questo principio nasce la conseguenza, che richiedesi una giusta causa per la quale si faccia palese al debitore che il creditore chiede la sua soddisfazione (aa): cotesta giusta causa prende forma concreta nella *interpellatio*, donde la regola che la *mora solvendi* incomincia dalla *interpellatio*. Una tale interpellazione può essere di doppia natura, può avvenire: che per mezzo di essa il creditore chiede di essere soddisfatto immediatamente, ovvero che concede al debitore una dilazione nel tempo della quale fino all'ultimo giorno può versare il pagamento dovuto. Ora dopo questo tempo stabilito il debitore è messo in mora così bene come se non avesse pagato *in continenti* dopo una interpellazione senza termine: imperocchè anche in questo caso come nell'altro vi è colpa del debitore, e sarebbe veramente inconseguente il pretendere dopo il tempo determinato novellamente la interpellazione, giacchè per mezzo di un *dies* del pagamento non si dichiara meno chiaramente la volontà del creditore che nella interpellazione semplice. D'altra parte quando si pensa che la determinazione del tempo fu presa nella conchiusione della obbligazione medesima, bisogna convenire che se non venne adempiuta in quel tempo, vi è da parte del debitore una violazione della stessa obbligazione, e per conseguenza una colpa del debitore in alto grado. A che dunque una novella interpellazione per metterlo in mora? Da tutto ciò si scorge che la nostra massima sotto questo rapporto corrisponde esattamente al concetto giuridico della mora.

I principali argomenti di coloro i quali sostengono la opinione contraria sono i seguenti:

1) Quando vien conchiusa una obbligazione *ex die* essa non ha precisamente il significato che il debitore dovrebbe pagare immediatamente dopo decorso quel giorno; ma che da quel giorno è data facoltà al creditore di chiedere la soddisfazione del suo credito, e però il debitore non è obbligato al pagamento non chiesto, nè quando manca, nè quando vi è fissato il tempo nell'atto della obbligazione. Questo principio secondo quei giuristi sarebbe stabilito in una serie di leggi (bb). In questo argomento non si vede che un lato di un tale rapporto giuridico. Un'*adiectio dici* ha in un rapporto giuridico una doppia importanza, da un lato il creditore si obbligherebbe a non costringere l'altra parte al pagamento prima del tempo stabilito, e

(aa) L. 5. de reb. cred. (12. 1.). *Pompon*. Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. Sed quum quaeratur, an per te factum sit, animadverti debebit, non solum in potestate tua fuerit id, nec ne, aut dolo malo feceris, quo minus esset vel fuerit, nec ne, sed etiam si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere deberes te dare oportere.

(bb) §. 2. Inst. de V. O. (3. 15.). — L. 21. pr. quam. dies leg. (36. 2.). — L. 44. §. 1. de O. et A. (44. 7.). — L. 41. §. 1. 2. — L. 46. de V. O. (45. 1.). — Quoties autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. Verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur. Ex quo apparet, diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore.

questo è affermato dalle leggi citate da' contraddittori della nostra tesi; ma dall'altro lato il debitore si obbliga a pagare nel giorno stabilito, sicchè in questo giorno il creditore attende il pagamento, e questo lato del rapporto giuridico non è neppure sconosciuto da un'altra serie di leggi. Di fatti *Celso* insegna, che quando si è convenuto un giorno del pagamento, la *aestimatio* si determinerà secondo quel giorno anteriormente convenuto L. 11 *de re iud.* (42. 1.).... *ex eo enim tempore quid quid aestimatur quo novissime solvi poterit;* in queste ultime parole si stabilisce chiarissimamente che il pagamento doveva succedere al più in questo termine; questo principio è ancora più chiaramente espresso da *Gaio* nella leg. 4 *de cond. tritr.* (13. 3.): *tanti litem aestimandam, quanti fuisset eo die, quo dari debuit.*

Se adunque l'*adiectio diei* ha questa doppia importanza, cioè che non solo dà facoltà al creditore di domandare la soddisfazione della obbligazione, ma fonda anche l'obbligo da parte del debitore di pagare in quel determinato giorno, debbesi conchiudere che per essa è già data una *iustissima causa, propter quam intelligere deberet debitor, se dare oportere*, e per la mora non si ha bisogno per conseguenza della *interpellatio*. A cansare ogni equivoco bisogna inoltre convenire che quando l'*adiectio diei* ha unicamente lo scopo di determinare il modo di pagamento, come in un contratto di fitto si conviene di pagare a trimestre, a semestre ecc. questo tempo determinato non significa certamente che il creditore attende il pagamento giusto in quel giorno, ed in questo caso la massima *dies interpellat pro homine* non può avere nessun significato.

Considerata sotto altre parole la obbiezione messa innanzi dai sostenitori della interpellazione assoluta suonerebbe in questa guisa: una obbligazione fatta con determinazione di tempo, giunto il tempo stabilito si converte in una obbligazione semplice, ed in fatti se quella *adiectio* non ha altro significato che quello di dare al creditore la facoltà di chiedere la soddisfazione del credito da quel tempo, il termine rende la obbligazione esigibile, come la obbligazione semplice la quale è esigibile nel primo momento. Considerato il principio sotto questo punto di vista, osserviamo che la obbligazione *sine die* è tale che fin dal principio è certa, incerto è solamente il giorno in cui deve essere adempiuta; una tale incertezza vien tolta dalla volontà del creditore il quale determina il giorno del pagamento per mezzo della interpellazione, è per questa ragione che nelle pure obbligazioni senza *diei adiectione*, affinchè si potesse essere in mora, il creditore ha bisogno della interpellazione. Dall'altra parte quando all'obbligazione è aggiunto un *dies solutionis*, il giorno dell'adempimento della medesima è già anticipatamente determinato, ed appena giunge questo tempo non si può esigere ch'esso venga novellamente determinato; per lo che quel principio conterrebbe questa assurdità: quando il giorno del pagamento è stabilito per contratto, alla evenienza di questo giorno quel contratto devesi ritenere come non avvenuto, ed il creditore dovrà novellamente determinare quel tempo per mezzo d'interpellazione.

2) Un'altra seria difficoltà si oppone con la nota massima *diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore* (cc): a cui l'altra *dies interpellat pro homine* sarebbe in contraddizione; imperocchè mentre il tempo determinato è in favore del debitore, questi poi con la massima *dies interpellat pro homine* sarebbe posto in condizione peggiore, cioè in mora senza la interpellazione. Questa obbiezione non ha peso al-

(cc) L. 41. §. 1. de V. O. (45. 1.). — Ved. not. (bb). L. 17. de R. I. (50. 17).

cuno, difatti la massima che sosteniamo non è in contraddizione con la regola *diei adiectionem pro reo esse;* giusto perchè il debitore fino al compimento del giorno non può essere convenuto al pagamento, ma è lasciato in libertà di procurarsene i mezzi ed essere pronto al tempo determinato, il giorno è determinato in suo vantaggio, è naturale che, se egli non ha fatto uso di questo vantaggio e giunto il tempo non trovasi pronto al pagamento, sopporti gli effetti della sua negligenza.

Tutto ciò si è stabilito mettendo in relazione la massima che sosteniamo con i principii giuridici che determinano la mora; non sarà differente il risultato quando scenderemo ad osservarla stabilita nelle leggi, quantunque il principio non fosse dichiarato espressamente. Il nostro principio è generalmente conosciuto in queste parole *neque certiorari debuit, qui non ignoravit* (dd), e si rileva chiarissimamente da due costituzioni di Giustiniano. Nella L. 12. *C. de contrah. stip.* (8. 38.) Giustiniano decide la quistione: se in una stipulazione penale sotto un *dies certus* vi sia bisogno per la pena ancora di una interpellazione, egli così si esprime: « Sed etiam » citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, » *quum ea, quae promisit ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manife-* » *stari poscere debeat;* » e nella legge 2. *de iur. emphyth.* (4. 66) ordina, riportandosi alla legge 12 citata, che l'enfiteuta, il quale per tre anni non ha pagato il canone, perdesse l'enfiteusi, anche senza che vi sia una ammonizione da parte del proprietario: « quum neminem oportet conventionem vel admonitionem expectare, se » ultro sese offerre, et debitum spontanea voluntate persolvere *secundum quod et* » *anteriore lege nostri nominis generaliter cautum est* ». Da queste due costituzioni di Giustiniano adunque si rileva che, stabilito il tempo del pagamento, il debitore è obbligato a pagaro al compimento del giorno senza attendere un'*admonitio* dal suo creditore, e ciò è stabilito per principio nella seconda costituzione. Si oppone dagli altri che queste costituzioni esprimono il principio in un modo così generale, che da esso si potrebbe dedurre essere il debitore obbligato al pagamento senza interpellazione, anche in quelle obbligazioni nelle quali non vi è una determinazione di tempo, il che sarebbe un assurdo nella mente di Giustiniano. Questa obbiezione è fuori proposito, di fatti quelle espressioni generali trovansi propriamente dove si parla di obbligazioni con determinazioni di tempo, e nella legge 12 si parla esclusivamente di obbligazione con questa determinazione.

Oltre a questi principii generali nei quali per conseguenza troviamo stabilito il nostro assunto vi è una serie di leggi speciali, le quali saranno pienamente intelligibili quando supponiamo il nostro principio.

a) *Ulpiano* nella legge 114. de V. O. così si esprime: « Si fundum certo die » praestari stipuler, et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, con- » secuturum me quanti mea intersit, *moram* factam non esse. » In questo passo pel solo trascorrere del tempo stabilito si accetta la mora del debitore, e quando in contrario si argomenta dalle parole *per promissorem steterit* esservi ancora bisogno di interpellazione, questo non solo è arbitrario, ma ancora impossibile, perchè la interpellazione del creditore dovrebbe esser fatta dopo il giorno convenuto, ovechè in questo passo si accetta la mora appena passato il tempo stabilito.

l) Diocleziano e Massimiliano stabiliscono nella leg. 10. 5. *de act. emt. vend.* (4. 49) quanto siegue: « Quum venditorem carnis, fide conventionis rupta, tempore

(dd) L. 1. in fin. de act. emt. vend. (19. 1.). confr. L. 11. §. 15. 16. eod.

« placito hanc non exhibuisse proponas, ex emto actione eum, quanti interest tua, « tunc tibi praestitam fuisse, apud praesidem provinciae convenire potest. » Questo rescritto chiaramente stabilisce che quando il venditore non consegna la merce venduta al giorno determinato, il debitore per questo fatto può chiederne gl'interessi, naturalmente perchè il venditore con decorrere il tempo stabilito trovasi in *mora*.

1) In molti passi viene espressamente determinato la parola mora dopo decorso il tempo determinato (ee), e quantunque è facile che in molti casi si parlasse della *mora ex re*, pure quelle leggi hanno una certa importanza in quanto che comunemente sotto la parola *mora* intendesi la mora subbiettiva.

Anche coloro che combattono la nostra opinione si rapportano a certe leggi, le quali, secondo essi, stabiliscono la necessità d'interpellazione anche nelle obbligazioni con determinazione di tempo.

1) In molte leggi vien stabilita la necessità della interpellazione per mettere in mora il debitore assolutamente senza distinzione se la obbligazione fosse puramente contratta o con determinazione di tempo (ff); ma quando si pensa, essi dicono, che la maggior parte delle obbligazioni è con determinazioni di tempo, debbesi stabilire nello spirito di quelle leggi anche per queste la necessità della interpellazione. Tutto al contrario, la obbligazione con determinazione di tempo è una obbligazione modificata, come lo sarebbe quando vi è apposta una condizione o modo, e per conseguenza quando le leggi non parlano che della necessità della interpellazione per le obbligazioni senza più, questa regola vale per le pure non per le obbligazioni modificate. Quelle leggi allora potevano avere un valore contro la nostra opinione, quando esse parlassero di obbligazioni con determinazioni di tempo, il che non è certamente il caso.

2) Oltre a ciò si fondano sopra le leggi 26. §. 1. e 35 pr. *de fideic. lib.* (40. 5), dalle quali, dal perchè in favore della libertà fedecommissaria a tempo determinato si accetta dopo questo tempo immediatamente la mora, se ne inferisce che nelle altre obbligazioni anche a tempo stabilito non può valere questo come principio generale. Ma in queste leggi non si parla propriamente di un termine di pagamento, sibbene del *dies fideicommissi veniens* ossia del *dies hereditatis aditae*, per cui eccezionalmente vien accettata la mora.

3) Similmente si rapportano alle leggi 3. C. *in quib. caus. in int. rest.* (2. 41), 5. C. *de act. emt. vend.* (4. 49) e leg. 87. §. 1. *de legatis* (31); nelle quali si accetta per i minori, in favore della *minor aetas*, col tempo determinato la mora del debitore del minore. Anche in queste leggi non si fa propriamente parola di uno speciale giorno stabilito, ma viene espresso il singolare principio che se il creditore è minore di età, sempre, anche quando non vi è un termine stabilito, il debitore sarà in mora dal momento che il credito sarà esigibile.

(ee) L. 8. si quis caut. (2. 11.). — L. 40. de reb. cred. (12. 1.). — L. 135. §. 2. de V. O. (45. 1.).

(ff) L. 24. §. 2. L. 32. pr. §. 1. h. t. *Paul.* Mora videtur creditori fieri, sive ipsi, sive ei, cui mandaverat, sive ei, qui negotia eius gerebat, mora facta sit; nec hoc casu per liberam personam acquiri videtur, sed officium impleri, sicuti quum quis furtum mihi facientem deprehendit, negotium meum agens manifesti furti actionem mihi parat. Item quum procurator interpellaverit promissorem hominis, perpetuam facit stipulationem. — L. 2. de naut. foen. (22. 2.). — L. 36. §. 3. delegat. (30.). — L. 24. quando dies (36. 2.). — L. 23. de O. et A. (44. 7.). — L. 23. 24. 49. §. 3. de V. O. (45. 1.).

4) La legge 17. §. 4. h. t. di *Paolo* così si esprime: « Ex locato qui convenitur, » nisi convenerit, ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usu- » ras praestare debet. » In questo passo si è voluto vedere una obbligazione con termine stabilito, mentre il pensiero del giurista romano è piuttosto il seguente: quando l'inquilino trascura la pigione, e non sono stati convenuti gl'interessi, egli solamente quando è in mora può essere obbligato agl'interessi. Con ciò vien provato che non ogni pagamento trascurato è una mora, il che è fuor di dubbio; ma che cosa è necessario per la *mora*, è quello che la legge citata non determina affatto.

5) Finalmente neppure la legge 49. §. 3. *de V. O.* contraddice alla nostra opinione, essa così si esprime: « Si promissor hominis ante diem, in quem promiserat, » interpellatus sit, et servus decesserit, non videtur per eum stetisse; » imperocchè in questo passo è espresso il principio in sè vero: che una interpellazione del creditore prima del termine stabilito, non può fondare la mora, ma da cotesto principio non nasce la conseguenza che per mettere in mora il debitore dopo il tempo fissato è necessaria la interpellazione (gg).

Da tutto questo esame si rileva che la massima *dies interpellat pro homine* non è un antico errore, come si vuol dare ad intendere, ma che con ragione è stata fin dai più antichi tempi la comune opinione (hh).

§. 335.

5) Effetti e pruove del pagamento.

Il pagamento fatto debitamente scioglie assolutamente la obbligazione, e se accanto ad una obbligazione vi sono obbligazioni accessorie come il pegno, la fideiussione, queste si estinguono mediante il pagamento dell'obbligazione principale; nello stesso modo è liberato il correo *debendi* ed il debitore solidale, col pagamento fatto dall'altro correo e dall'altro debitore (§. 322.) (a):

Anche il pagamento fatto non debitamente, ossia che non ha in sè la qualità di pagamento, in alcuni casi può generare l'estinzione della obbligazione, quando e fino a quel punto che per mezzo di quell'adempimento il creditore nel fatto conseguì l'obbietto del suo credito, così:

1) Quando vi è mancanza del *ius disponendi* pel debitore, p. e. se il pupillo paga il suo debito senza l'autorità del tutore, il pagamento è non debitamente fatto; ma estinguerà la obbligazione quando per opera del creditore, p. e. consumando la somma, il requisito richiesto è eliminato (b).

(gg) Ved. *Schroter*, l. c.

(hh) *Vangerow*, §. 588.

(a) Pr. Inst. quib. mod. toll. obl. (3. 29.) — L. 43. de solut. (46. 3.). *Ulp.* In omnibus speciebus liberationum omnes accessiones liberantur, utputa adpromissores, hypothecae, pignora; praeterquam quod inter creditorem et adpromissores confusione facta reus non liberatur.

(b) L. 19. §. 1. de reb. cred. (12. 1.) — L. 14. §. 8. L. 17. 60. de solut. (46. 3.). *Ulp.* Pu-

2) Lo stesso si dica quando si paga all'antecessore del creditore (c); ovvero

3) Al creditore del creditore, purchè per altro non si pregiudichino gl'interessi legittimi di quest'ultimo (d); oppure

4) Al gestore di affari del creditore (e).

5) Finalmente quando il pagamento è stato fatto in vantaggio del creditore, ed è stato da lui ratificato, anche indebitamente fatto, scioglie la obbligazione.

Quando qualcuno si trova debitore di più debiti e fa un pagamento, può essere fino ad un certo punto dubbio quale dei suoi debiti volesse egli pagare. Allora fa mestieri osservare i seguenti principii:

1) Prima di tutto se il pagamento è fatto dallo stesso debitore potrà egli stesso decidere quale dei debiti intende pagare, o quale delle obbligazioni intende estinguere con esso, ed il creditore, in quanto una tale determinazione è presa *in continenti*, è tenuto a starvi (f). Certamente per questo effetto, bisogna che il pagamento sia fatto nel modo debito; che se al contrario mancasse qualche requisito, come per non essersi osservato il luogo convenuto, in nessun modo il creditore vi può essere tenuto; egli può rifiutare il pagamento medesimo senza incorrere nella *mora accipiendi*. In caso poi che accetta il pagamento, è tenuto a stare alla volontà

pillum sine tutoris auctoritate nec solvere posse palam est; sed et si dederit numos, non fient accipientis, vindicarique poterunt; plane si fuerint consumti, liberatur.

(c) L. 11. §. 5. de pign. act. (13. 7.). *Ulp*. Solutam autem pecuniam accipiendum non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sit soluta voluntate eius, vel ei, cui heres extitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito. Unde si domum conduxeris, et eius partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pignoraticia adversus te potero experiri; nam Iulianus scribit, solvi ei posse; et si partem tibi, partem ei solvero, tantundem erit dicendum. Plane in eam duntaxat summam invecta mea et illata tenebuntur, in quam coenaculum conduxi; non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenebuntur. — confr. L. 96. §. 4. de solut. (46. 3.).

(d) L. 6. de doli mali except. (44. 4.). *Gai*. Si opera creditoris acciderit, ut debitor pecuniam, quam soluturus erat, perderet, exceptione doli mali creditor removebitur. Idem est et si creditori eius numeratam pecuniam ratam creditor non habeat.

(e) L. 34. §. 4. L. 58. de solut. (46. 3.). *Ulp*. Si quis offerenti se negotiis alienis bona fide solverit, quando liberetur? Et ait Iulianus, quum dominus ratum habuerit, tunc liberari. Idem ait, antequam dominus haberet ratum, an condici ex ea causa possit? Et ait interesse, qua mente solutio facta esset, utrum, ut statim debitor liberetur, an vero quum dominus ratum habuisset; priore casu confestim posse condici procuratori, et tunc demum extingui condictionem, quum dominus ratum habuisset, posteriore tunc demum nasci condictionem, quum dominus ratum non habuisset. — confr. L. 38. 34. §. 9. eod.

(f) L. 1. 101. §. 1. de solut. (46. 3.). *Paul*. Paulus respondit, aliam causam esse debitoris solventis, aliam creditoris pignus distrahentis; nam quum debitor solvit pecuniam, in potestate eius est, commemorare, in quem causam solveret; quum autem creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre, etiam in eam quantitatem, quae contra tantum debebatur, et ideo deducto eo debiti peti posse. — L. 1. C. eod. (8. 43.).

del debitore, ossia di risolvere quella obbligazione che questi intende di estinguere.

a) Se il debitore non ha determinato quale de'debiti intende pagare, la scelta passa al creditore il quale egualmente deve esercitarla *in continenti*, con la limitazione, che non potrà ritenerlo per un debito non ancora liquidato, o non ancora scaduto, ovvero per un accessorio (g). Se queste limitazioni sono rispettate dal creditore, e pur non pertanto il debitore protesta, il creditore non deve insistere; il primo potrà in seguito della sua protesta ritirare il pagamento, ma rispetto al debito, che il crebitore intendeva pagare per mezzo quel pagamento, è in *mora solvendi*.

b) Se da nessuna delle parti è stato determinato, quale delle obbligazioni si estingue con quel pagamento, e trattasi di capitali ed interessi arretrati si ritengono questi come pagati prima del capitale, quantunque fossero dovuti solamente *naturaliter*, poichè in caso contrario si deve ritenere il capitale estinto prima (h). Se si tratta inoltre di molti debiti di capitali, si ritengono estinti prima i liquidi e gli scaduti (i). Questi debiti liquidi si ritengono estinti nel seguente ordine:

aa) Prima di ogni altro si ritiene estinto quello in cui vi è una speciale determinazione (k).

bb) In secondo luogo le obbligazioni più onerose, come quelle, che non soddisfatte, il debitore addiviene infame, ovvero quando vi è una stipulazione penale, o quando vi è un pegno; quelle che sono dovute per

(g) L. 1. de solut. *Ulp.* Quoties quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere. quod potius debitum voluerit solutum; et quod dixerit, id erit solutum; possumus enim certam legem dicere ei, quod solvimus. Quoties vero non dicimus id, quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat, dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus, quoque debito se exoneraturus esset, si deberet, id est in id debitum, quod non est in controversia, aut in illud, quod pro alio quis fideiusserat, aut cuius dies nondum venerat; aequissimum enim visum est, creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret. Permittitur ergo creditor constituere, in quod velit solutum, dummodo sic constituamus, ut in re sua constitueret; sed constituere in re praesenti, hoc est statim atque solutum est. — L. 1. C. eod. (8. 43.).

(h) L. 5. §. 2. 3. L. 6. 48. de solut. (46. 3.). *Ulp.* Apud Marcellum libro vicesimo Digestorum quaeritur, si quis ita caverit debitori, in sortem et usuras se accipere, utrum pro rata et sorti, et usuris decedat, an vero prius in usuras, et si quid superest, in sortem. Sed ego non dubito, quin haec cautio in sortem et in usuras prius usuras admittat, tunc deinde si quid superfuerit, in sortem cedat. — L. 1. C. eod.

(i) L. 1. 3. §. 1. L. 103. eod. — Ved. not. (f).

(k) L. 89. §. 2. eod. *Scaev.* Lucius Titius duabus stipulationibus, una quindecim sub usuris maioribus, altera viginti sub usuris levioribus, Seium eadem die obligavit, ita ut viginti prius solverentur, id est idibus Septembribus; debitor post diem utriusque stipulationis cedentem solvit viginti sex, neque dictum est ab altero, pro qua stipulatione solveretur; quaero, an, quod solutum est, eam stipulationem exoneraverit, cuius dies ante cessit, id est, ut viginti sortis soluta videantur, et in usuras eorum sex data. Respondit, magis id accipi, ex usu esse.

giudicato; *quae infitiatione crescunt*, e i capitali che producono interessi (l).

cc) Tra più obbligazioni gravose o meno sono da ritenere estinte prima le proprie poi le aliene, cioè quelle che si dovrebbero in qualità di garante (m).

dd) Se nulla decide sotto questo riguardo, decide la data più antica (n).

ee) Tra molti debiti della medesima data il pagamento vale per entrambi (o).

ff) In ultimo vengono le semplici obbligazioni naturali (p).

2) Quando il creditore stesso esige il pagamento, è regola che può avere riguardo al suo vantaggio, e perciò può attribuire il pagamento in preferenza a quel debito, pel quale non vi è mallevadore o è naturale (q). Con tuttociò vi sono a questo proposito alcune speciali determinazioni delle leggi: cioè quando un pegno è costituito contemporaneamente per più debiti, il creditore, che rende l'obbietto del pegno, deve imputarne il prodotto in proporzione su tutti i debiti; se fu successivamente costituito si deve accettare estinto il primo debito, e se ad un creditore pignoratario fossero dovuti interessi parte civili parte naturali, il creditore deve imputare il pagamento nel medesimo tempo a tutti gl'interessi (r).

(l) L. 5. pr. 7. L. 97. eod. *Papin*. Quum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, utrisque demonstratione cessante potior habebitur causa eius pecuniae, quae sub infamia debetur; mox eius, quae poenam continet; tertio, quae sub hypotheca vel pignore contracta est; post hunc ordinem potior habebitur propria, quam aliena causa, veluti fideiussoris; quod veteres ideo definierunt, quod verisimile videretur, diligentem debitorem admonitu ita negotium suum gesturum fuisse; si nihil eorum interveniat, vetustior contractus ante solvetur. Si maior pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit, nihilominus primo contractu soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundi vel in totum, vel pro parte minuendo videbitur datum. — L. 12. fin. de usur. (22. 1.).

(m) L. 97. cit. — Ved. not. prec. — confr. L. 4. eod.

(n) L. 5. pr. L. 24. 97. 102. §. 2. eod. *Ulp*. In his vero, quae praesenti die debentur, constat, quoties indistincte quid solvitur, in graviorem causam videri solutum; si autem nulla praegravet, id est, si omnia nomina similia fuerint, in antiquiorem; gravior videtur, quae et sub satisdatione debetur, quam ea, quae pura est.

(o) L. 8. eod. *Paul*. Id non eleganter scriptum esse Pomponius ait, si par et dierum, et contractuum causa sit, ex omnibus summis pro portione videri solutum.

(p) L. 94. §. 3. confr. L. 5. §. 2. L. 101. §. 1. eod. — Ved. not. (f).

(q) L. 73. 101. §. 1. eod. — Ved. not. (e).

(r) L. 5. §. 2. L. 96. §. 3. h. t. *Papin*. Ianuarius Papiniano salutem. Quum Titius Caio Seio deberet ex causa fideicommissi certam quantitatem, et tantundem eidem ex alia causa, quae peti quidem non poterat, ex solutione autem petitionem non praestat, Titii servus actor absente domino solvit eam summam, quae efficeret ad quantitatem unius debiti, cautumque est ei solutum ex universo credito; quaero, id, quod solutum est, in quam causam acceptum videtur? Respondi, si quidem Titio Seius ita cavisset, ut sibi solutum ex universo credito significaret, crediti appellatio solam fideicommissi pecuniam demonstrare videtur, non eam, quae

II. Colui che allega di aver fatto un pagamento ha l'obbligo di provarlo. Per procurarsi un mezzo di pruova, il debitore potrà ritenere il pagamento finchè il creditore non gli lascia un documento in proposito, ossia una quietanza *(apocha)* la quale non ha forza che dopo trenta giorni, perchè fino a questo termine si può opporre una *querela non numeratae, o non solutae pecuniae* (s): eccetto.

1) Le quietanze per imposte publiche (t).

2) I documenti rilasciati da pubbliche autorità, innanzi alle quali fu versato il pagamento.

Tre quietanze consecutive fanno fede anche del pagamento delle imposte prediali anteriori (u).

Il pagamento si può provare con testimoni, ed a questo scopo sono richiesti cinque testimoni probi, in presenza de' quali seguì il pagamento (v).

petitionem quidem non habet, solutione autem facta, repeti pecunia non potest; quum vero servus Titii actor absente domino pecuniam solverit, ne dominum quidem numerum in eam speciem obligationis, quae habuit auxilium exceptionis, translatum foret, si ex ea causa solutio facta praeponeretur, quia non est verisimile dominum ad eam speciem solvendis pecuniis servum praeposuisse, quae solvi non debuerunt, non magis, quod numos peculiares ex causa fideiussoris, quam servus non ea utilitate peculii suscepit, solveret.

(s) L. 14. §. 1-2. C. de non num. pec. (4. 30.). *Iustin.* Sed quoniam securitatibus et instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum talem exceptionem opponere litigatores conantur, iustum esse prospicimus, huiusmodi potestatem in certis quidem casibus prorsus amputare, in aliis vero brevi tempore concludere. Ideoque sancimus, instrumento quidem depositionis certarum rerum vel certae pecuniae securitatibusque publicarum functionum, sive in solidum sive ex parte solutae esse conscribantur, illis etiam securitatibus, quae post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote ex parte vel in solidum exponuntur, nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi. Super ceteris vero securitatibus, quae super privatis debitis a creditore conscribuntur, partem debiti sortis vel usurarum nomine solutam esse significantes, vel adhuc foeneratitia cautione apud creditorem manente, solidi tamen debiti solutionem factam esse demonstrantes, vel etiam futuram esse redhibitionem instrumenti foeneratitii promittentes, vel si qua alterius cuiuscunque contractus gratia, in quo numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit, depensas esse pecunias vel alias res vel partem earum significans, intra triginta tantummodo dies, post huiusmodi securitatis expositionem connumerandos, exceptionem non numeratae pecuniae posse obiici, ut, si hi transacti fuerint, eadem securitas a indicantibus omnibus modis admittatur, nec ei liceat, qui securitatem exposuit, post excessum memoratorum dierum non esse sibi solutas pecunias vel alias res dicere.

(t) L. 14. §. 1. cit. — Ved. not. preced. — L. 4. de apoche pub. (10. 22.).

(u) L. 3. C. eod.

(v) L. 18. C. de test. (4. 20.). *Iustin.* Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur, prout possibile est, resecantes omnibus praedicimus, qui in scriptis a se debita retinuerint, quod non facile audiantur, si dicant, omnis debiti vel partis solutionem sine scriptis se fecisse, vellutque viles et forsitan redemtos testes super huiusmodi solutione producere, nisi quinque testes idonei et summae atque integrae opinionis praesto fuerint solutioni celebratae, hique cum sacramenti religione deposuerint, sub praesentia sua debitum esse solutum, ut scientes omnes, ita ea statuta esse, non aliter debitum vel partem eius persolvant, nisi

Qualche volta il pagamento vien presunto dalla legge:

1) Se fu restituito il chirografo per mezzo di cui qualcuno si costitui debitore (x).

2) Se esso è cancellato (y).

§. 336.

V. Del concorso dei creditori.

TT. D. De cessione bonor. (42. 3.).—Quibus causis in possessionem eatur (42. 4.).— De rebus auctor. iud. (42. 5.).— De separationibus (42. 6.).— De curatore bonis dando (42. 7.). — C. qui bona cedere possunt. (7. 71.). — De bonis auctorit. iudicis (7. 72.). — De privilegiis fisci (7. 73.). — De privil. dot. (7. 74.). — *Schweppe*, sistema del concorso dei creditori, Kiel 1812. Gött. 1829. — *Puchta*, processo del concorso, Erlang. 1827.

Quando molti hanno diritti di obbligazione contro lo stesso debitore, e questi non può soddisfare tutti, vi è un concorso di crediti. In questa circostanza vale la regola che quel creditore ch'è stato già soddisfatto, ha diritto di ritenere il pagamento ricevuto prima che si aprisse il concorso, il quale apertosi bisogna che tutti attendono; tranne se si tratta di eredità accettata col beneficio dell'inventario, poichè in questo caso chiunque si presenta, è soddisfatto, e solo è data al migliore creditore un'azione di regresso contro il più debole soddisfatto (§. 271.) (a).

Nel caso che nessuno dei creditori è soddisfatto, tutti concorrono sui beni del debitore, ed il concorso è sottoposto alle seguenti regole:

vel securitatem in scriptis capiant, vel observaverint praefatam testium probationem; his scilicet, qui iam sine scriptis debitum vel partem eius solverint, praesenti sanctione merito excipiendis. Sin vero facta quidem per scripturam securitas sit, fortuito autem casu vel incendii vel naufragii vel alterius infortunii peremta, tunc liceat his, qui hoc perpessi sunt, causam peremtionis probantibus etiam debiti solutionem per testes probare, damnumque ex amissione instrumenti effugere.

(x) L. 14. 15. C. de solut. (8. 43.). *Diocl.* et *Maxim.* Quod debitori tuo chirographum redditum contra voluntatem tuam asseveras, nihil de iure tuo deminutum est. Quibuscunque itaque argumentis iure proditis hanc obligationem tibi probanti, cum pro huiusmodi facto liberationem minime consecutum, iudex ad solutionem debiti iure compellet.

(y) L. 24. de prob. (22. 3.). *Modest.* Si chirographum cancellatum fuerit, licet praesumtione debitor liberatus esse videtur, in eam tamen quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur.

(a) L. 6. §. 7. quae in fraud. credit. (42. 8.). *Ulp.* Sciendum, Iulianum scribere, eoque iure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc Edictum; sibi enim vigilavit; qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exaequandumque ceteris creditoribus; neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, quum iam par conditio omnium creditorum facta esset. — L. 15. C. de rei vind. (3. 32.).

1) Esso viene costituito da un decreto giudiziale per espressa dichiarazione dello stesso debitore, ed allora si ha la *cessio bonorum* (§. 333.), ovvero è impetrato da uno dei creditori per probabile insolvenza del debitore (b).

Per questi beni si nomina un curatore, il quale assume l'obbligo di tutelare i proprii e gl'interessi della comunità de' creditori contro le pretensioni dei singoli; questa messa in possesso genera un pegno giudiziale, ed in virtù del secondo decreto possono esser alienate le cose per la soddisfazione di tutti.

2) I creditori sono immessi nel possesso in virtù del primo decreto, se il debitore offrì malleveria di stare al giudicato, e ciò non ostante non comparisce, nè si difende; ovvero quando si nasconde senza inganno, e quando è prigioniero in mano del nemico; o finalmente quando non vi esiste nessuno erede suo (c).

Gli effetti della immissione dei creditori ne' beni del debitore sono i seguenti:

1) I creditori non hanno la proprietà de' beni formanti la massa del concorso, e però non avranno diritto di percepire gli alimenti e acquistarne i frutti (d).

2) Un creditore immesso non può escludere gli altri creditori non immessi (e).

3) Finalmente essi debbono restituire i beni medesimi con i frutti percetti, appena il debitore si difende o paga i suoi debiti (f).

In virtù del secondo decreto il Pretore ordina la immissione nel possesso de' beni di colui, il quale tenta defraudare i creditori, nè vien difeso da nessuno; e concede dopo il tempo stabilito di vendere i beni e soddisfare i crediti (g).

II. Venduti i beni, tutti i creditori che concorrono hanno diritto di

(b) L. 6. §. 7. cit. — Ved. uot. preced.

(c) L. 1. pr. 2. §. 1. L. 6. §. 2. L. 8. qnib. ex caus. in poss. (42. 4.). — confr. L. 3. §. 1. L. 5. §. 3. h. t.

(d) L. 8. C. de bon. anct. ind. (7. 72.). *Diocl.* et *Maxim.* In possessionem rei servandae uxor defuncti vel alii creditores missi, dominium ex hac causa tenentes adipisci minime possunt. — L. 7. ex quib. caus. (42. 4.).

(e) L. 14. eod. *Paul.* Si quis creditorem probibuerit bona debitoris ingredi, datur in enm actio quanti ea res sit.

(f) L. 33. §. 1. eod. (42. 5.). *Ulp.* Defendere debitorem, sicut antequam bona eius possiderentur, licet; ita post bonornm qnoque possessiouem eius, sive ipse sui, sive alius defensionem eius suscipiat, debet satisdare, ut satisdatione interposita iudicium accipiatnr, et a possessione discedatur.

(g) L. 7. §. 1. 2. seq. eod. *Ulp.* Praetor ait: *Qui fraudationis causa latitabit, si boni viri arbitratu non defendetur, eius bona possideri vendique iubebo.* — L. 9. C. h. t. (7. 71.).

essere soddisfatti, ma come può nascere opposizione tra'creditori specialmente se la massa de'beni non giunga a soddisfarli tutti, così fa mestieri osservare questi principii.

1) Secondo la natura stessa delle cose e lo spirito delle leggi è mestieri in sulle prime distinguere dai creditori coloro i quali hanno il diritto di rivendicare dal debitore una cosa propria *(ex iure domini)*; imperocchè è manifesto che il solo e vero patrimonio del debitore può essere soggetto al pagamento dei creditori che concorrono, sicchè tutte le cose di cui si trovava in possesso il debitore, e che sono rivendicate, non appartengono menomamente alla massa del concorso; così non è tra i concorrenti:

a) Colui che chiede per mezzo di un'*actio in rem* la restituzione di una cosa speciale, sia che produca a questo effetto una *rei vindicatio*, o un'*actio Publiciana*, o una *hereditatis petitio*, ovvero qualunque *utilis vindicatio*, come l'enfiteuta e il superficiario, o pure in fine una *confessoria actio* come l'usufruttuario. È chiaro che chi ha semplicemente una servitù reale non può pretendere la restituzione della cosa sulla quale pesa.

b) Quando il debitore *(cridarius)* ottenne il possesso d'una determinata cosa della quale è tenuto poi alla restituzione materiale, il creditore neppure in questo caso ha bisogno di entrare nel concorso, ma con l'azione corrispondente può chiederne la separazione, questo è il caso dell'*actio commodati, depositi, pignoratitia in personam, locati, mandati*, come è ancora per le azioni nascenti da delitto come la *condictio furtiva, l'interdictum unde vi etc.*

c) Finalmente colui che ha facoltà di chiedere la restituzione di una cosa mediante un'*actio in rem scripta,* come l'*actio quod metus causa.*

Questo diritto che compete al rivendicante è conosciuto col nome di *ius separationis, o excussionis ordinarium.*

2) Da questo si distingue il *ius separationis extraordinarium*, imperocchè mentre i rivendicanti non appartengono punto all'ordine dei creditori concorrenti, e hanno diritto di estrarre dalla massa dei beni le cose loro; coloro i quali hanno il *ius separationis extraordinarium* veramente appartengono ai creditori concorrenti, e separano una parte della massa collo scopo solo di concorrervi esclusivamente, sicchè formansi così due concorsi *(concursus particularis et universalis)*. Questo diritto è detto separazione *ex iure crediti,* ed avviene nei seguenti casi:

a) Quando i creditori dell'eredità fanno uso del *beneficium separationis* (§. 271.).

b) Quando un figlio di famiglia o uno schiavo col suo peculio compie un affare commerciale, non solo i creditori, che sotto questo rapporto

diedero danaro, hanno il diritto di far separare il negozio *(taberna)* dal resto del peculio; ma la separazione ha ancora luogo quando il figlio di famiglia o lo schiavo abbia più istituti commerciali, e i creditori contrassero col figlio di famiglia rispetto ad uno di essi (h).

3) Gli altri creditori che non hanno uno di questi diritti di separazione sono gli ordinarii concorrenti, e la sostanza vien divisa:

1) Tra i creditori pignoratizii secondo l'ordine osservato nella teoria del pegno (§. 206.).

2) Tra i creditori chirografarii, i quali non hanno che azioni personali; di questi alcuni sono preferiti per privilegio ad altri chirografarii semplici, i quali poi vengono soddisfatti *pro rata.*

§. 337.

1) Del privilegium exigendi in particolare.

T. D. de rebus auctorit. iud. (42. 5.). — *Frister*, de privilegio credit. personali simplici, Gott. 1804.

Il *privilegium exigendi* consiste nella facoltà concessa ad alcuni creditori chirografarii di essere soddisfatti nel concorso di creditori innanzi ad altri chirografarii. Esso vien concesso o per riguardi puramente personali, e però spetta esclusivamente all'originario creditore e non agli eredi *(privilegium personae)*, o è congiunto con lo stesso diritto di obbligazione, e s'addice a ciascuno rappresentante di esso diritto *(privilegium causae)*.

I. È concessa questa facoltà per privilegio di persona:

1) Al fisco per tutti i suoi diritti di obbligazione, come ancora all'imperatore ed alla imperatrice (a).

2) Alle città per qualunque loro obbligazione (b).

(h) L. 5. §. 15. 16. de tribut. act. (14. 4.). *Ulp.* Si plures habuit servus creditores, sed quosdam in mercibus certis, an omnes in iisdem confundendi erunt, et omnes in tributum vocandi, utputa duas negotiationes exercebat, puta sagariam et linteariam, et separatos habuit creditores? Puto, separatim eos in tributum vocari, unusquisque enim eorum merci magis, quam ipsi credidit. Sed si duas tabernas eiusdem negotiationis exercuit, et ego fui tabernae, verbi gratia quam ad Bucinum habuit, ratiocinator, alius eius, quam trans Tiberim, aequissimum puto, separatim tributionem faciendam, ne ex alterius re merceve alii indemnes fiant, alii damnum sentiant.

(a) L. 10. pr. de pact. (2. 14.). — L. 6. pr. §. 1. de iur. fisc. (49. 14.). *Paul.* recept. sent. V. 12. §. 10.

(b) L. 38. §. 1. h. t. *Paul.* Respublica creditrix omnibus chirographariis creditoribus praefertur.

3) Alla moglie in rapporto alle obbligazioni dotali, ed alla moglie putativa, e alla sposa rispetto alla dote (c).

4) Finalmente agl'impuberi contro i loro tutori e protutori, e coloro i quali per amicizia trattano i loro affari (d).

II. Si riconosce il *ius exigendi* per *privilegium causae* nelle seguenti obbligazioni:

1) Nelle obbligazioni per spese di funerali, e non solo dei funerali dello stesso debitore, ma ancora di coloro a cui rispetto il debitore poteva essere convenuto con l'*actio funeraria* (e).

2) Per le obbligazioni di mutuo in danaro fatto allo scopo di riparare un edificio che minaccia rovina, quando il mutuo è fatto al proprietario, o a colui che per mandato di quest'ultimo imprese la riparazione dell'edificio (f).

3) Nelle obbligazioni, che un socio acquista come rifacimento di spese fatte a migliorare un edificio in comune (g).

4) Nel mutuo fatto allo scopo di comperare, di fabbricare o arma-

(c) L. 22. §. ult. soluto matrim. (24. 3.). *Ulp.* Si mulier in conditione mariti erraverit, putaveritque esse liberum, quum servus esset, concedi oportet quasi privilegium in bonis viri mulieri, videlicet ut, si sint et alii creditores, haec praeferatur circa de peculio actionem, et si forte domino aliquid debeat servus, non praeferatur mulier, nisi in his tantum rebus, quae vel in dote datae sunt, vel ex dote comparatae, quasi et hae dotales sint. — L. 74. de iur. dot. (23. 3.). — L. 17. §. 1. L. 18. 19. pr. h. t. L. un. C. de priv. dot. (7. 74.).

(d) L. 19. §. 1. L. 23. h. t. *Ulp.* Si quis, quum tutor non esset, pro tutore negotia gessit, privilegio locum esse manifestum est; nec interest, ipse debeat, qui gessit, sive heres eius, ceterique successores; ipse autem pupillus habet privilegium, sed eius successores non habent. Sed aequissimum erit, ceteris quoque, quibus curatores quasi debilibus vel prodigis dantur. — L. 42. 44. §. 1. de adm. et per tut. (26. 7.).

(e) L. 14. §. 3-5. L. 37. L. 45. de relig. (11. 7.). — L. 17. pr. h. t. *Ulp.* Quaesitum est, utrum ita demum privilegium habet funeraria, si is, cuius bona veneunt, funeratus sit, an etiam si proponas, alium esse funeratum? Et hoc iure utimur, ut, quicunque sit funeratus, id est sive is, cuius de bonis agitur, sive quid is debuit, quod reddere eum, si viveret, funeraria actione cogi oporteret, privilegio locus sit. Parvique referre dicamus, qua actione hic sumtus repetatur, funereria, an familiae ereiscundae, an qua alia, dummodo sumtus funeris causa factus sit. Quacunque igitur actione ob funeris sumtum utatur, etiam funerariam ei competere. Quare si in stipulatum funeris impensa deducta est, dicendum est, locum esse privilegio, si modo quis non abiiciendi privilegii causa stipulatus est.

(f) L. 35. de reb. cred. (12. 1.). — L. 24. §. 1. h. t. *Ulp.* Divus Marcus ita edixit: *Creditor, qui ob restitutionem aedificiorum crediderit, in pecunia, quae credita erit, privilegium exigendi habebit;* quod ad eum quoque pertinet, qui redemtori domino mandante pecuniam subministravit.

(g) L. 52. §. 10. pro socio (17. 2.). *Ulp.* Idem respondit, socius, qui cessantis cessantiumve portiones insulae restituerit, quamvis aut sortem cum certis usuris intra quatuor menses, postquam opus refectum erit, recipere potest, exigendoque privilegio utetur, aut deinceps propriam rem habebit, potest tamen pro socio agere ad hoc, ut consequatur, quod sua interesset; finge enim, malle eum magis suum sequi, quam dominium coinsulae; Oratio enim Divi Marci idcirco quatuor mensibus finit certas usuras, quia post quatuor dominium dedit.

re una nave, e pel danaro che uno deve per aver comperata una nave (h).

5) Finalmente pel danaro depositato presso un cambista, o pel danaro col quale furono pagati creditori privilegiati (i).

Circa a questa seconda maniera di privilegio fa d'uopo ritenere i seguenti principii:

1) Esso dà sempre la preferenza tra i creditori chirografarii, ma non tra i creditori ipotecarii (k).

2) Il privilegio estende la sua forza su tutto il patrimonio, e da ciò nasce, che esso può essere di giovamento anche a quei creditori i quali hanno un diritto di pegno speciale, quando la cosa speciale impegnata non è sufficiente alla loro soddisfazione.

Quando poi colui, cui spetta il privilegio, ha per sè anche un pegno generale, il privilegio sembra inutile, e di poca importanza; ma la coesistenza del privilegio e della ipoteca si spiega storicamente in quanto il vantaggio del privilegio fu esteso più tardi, concedendosi una tacita ipoteca.

3) Fra più creditori privilegiati, sparisce il privilegio, ed il patrimonio vien diviso tra essi *pro rata* (l), solamente il privilegio per le spese dei funerali è preferito a qualunque altro credito privilegiato chirografario, così pure i diritti di obbligazione in favore del fisco (m); il privilegio della dote è allora preferito agli altri quando è più antico di data (n).

Quando finalmente col denaro si è pagato un creditore privilegiato, si prende il posto di questo (o).

ANNOTAZIONE

È molto controverso il caso quando si è depositato denaro presso un argentario e ciò per due leggi di Ulpiano, le quali si presentano in tale contraddizione, che invano si sono affaticati i giureconsulti a conciliarle. E di vero, mentre questo giurista

(h) L. 26. 34. h. t. *Paul.* Qui in navem extruendam, vel instruendam credidit, vel etiam emandam, privilegium habet.

(i) L. 24. §. 2. h. t. — Ved. annotaz. — L. 7. §. deposit. (16. 3.).

(k) L. 9. C. qui pot. in pign. (8. 18.). *Diocl.* et *Maxim.* Eos, qui acceperunt pignora, quum in rem habeant actionem, privilegiis omnibus, quae personalibus actionibus competunt, praeferri consistit. — confr. L. 74. de iure dot. (23. 3.).

(l) L. 32. h. t. *Paul.* Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa; et si eiusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint.

(m) Ved. not. a. e.

(n) L. 9. C. de iur. dot. (5. 12.), per interpretazione sulla leg. 12. pr. C. qui pot. in pign. (8. 18.), e per considerazione che la parola *postea* della legge precedente cit. manca nella Aloandrina, si è accettata la opinione, che questo privilegio sia assolutamente privilegiato, ma posposto a quello del fisco e delle spese funerarie. Ved. *Vangerow*, §. 594.

(o) L. 2. de cess. bon. (42. 3.). *Ulp.* In personalibus actionibus, qui postea quidem contraxerunt, verum ut pecunia eorum ad priores creditores perveniat, in locum eorum succedunt.

con la legge 24. §. 2. h. t. dà l'ultimo posto al deponente tra i creditori privilegiati: lib. 63. ad Edict. « In bonis mensularis vendundis *post privilegia* potiorem eorum « causam esse placuit, qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti posuerunt. « Sed enim qui depositis nummis usuras a mensuralis acceperunt a ceteris credito- « ribus non seperantur; et merito, aliud est enim credere aliud deponere. Si tamen « nummi extent, vindicare eos posse puto a depositariis, et futurum eum, qui vin- « dicat ante privilegia »; in un altro passo anteriore tratto dalla medesima opera, allo stesso deponente assegna il primo posto. Di fatti nella legge 7. §. 2. *depos.* (16. 3) così si esprime: lib. 30 ad Edict. « Quoties foro cedunt nummularii, solet « *primo loco* ratio haberi depositariorum, hoc est eorum, qui depositas pecunias ha- « buerunt, non quas, foenore apud nummularios, vel cum nummulariis, vel per ipsos « exercebunt; et *ante privilegia* igitur si bona venierint, depositariorum ratio ha- « betur, dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non habentur, « quasi renunciaverint deposito » (p).

Nessuna controversia in diritto romano ebbe tante soluzioni, quanto questa, soluzioni probabili, ma dubbiose. Non sarà inutile citare i principali tentativi fatti per conciliare questi due passi.

1) La glossa osserva che nella legge 7. §. 2. si parla di privilegi personali, ossia del *beneficium exigendi*, e nella legge 24 §. 2. cit. de' privilegi reali, ossia del pegno legale, e questa interpretazione quantunque affatto insufficiente è stata seguita da qualche giurista (q). Nella glossa alla leg. 24. §. 2. non viene propriamente rammentata questa soluzione, ma invece vengono fatti altri tentativi per accordare i passi in quistione non meno strani: le parole *post privilegia* della leg. 24 dovrebbersi comprendere a questa guisa: *postquam facta est lex, quae privilegium dat deponentibus,* ovvero dovrebbesi sottintendere *quaedam*, ovvero in fine interpretare quelle parole *post privilegia: pospositis privilegiis*, che suonerebbe *ante privilegia.*

Cuiacio vuole che la legge 7. §. 2. si reputi parlare del medesimo caso che la leg. 24. §. 2., cioè quando il danaro depositato trovasi ancora in ispecie, è ammessa una rivendicazione (r). Quest'opinione ha per sè l'autorità degli annotatori delle Basiliche (s), ma esaminata attentamente non è meno insufficiente e contraria al concetto della legge 7 §. 2; imperocchè tra molti rivendicanti non è possibile una soddisfazione *pro rata.*

3) Altri distinguono il deposito regolare ed irregolare: la leg. 7. §. 2. farebbe al caso che le cose si dovrebbero restituire in ispecie, quando in vece si dovrebbe restituire una quantità, sarà applicabile la leg. 24. §. 2. (t).

4) Il *Neustetel* crede che la leg. 7. §. 2. tratti del caso quando altri deposita presso un argentario quel denaro ch'era presso di lui depositato, ossia s'intenderebbe il deponente già depositario. Sebbene per dare apparenza di verità a questa opinione si possono citare le parole della citata legge: « solet primo loco ratio haberi « *depositariorum*, hoc est eorum, qui *pecunias depositas habuerunt* » questa appa-

(p) confr. §. 3. della medesima legge e L. 8. eod.

(q) Ved. Gloss. ad L. 7. §. 2. cit. *Bachov.* e *Treuteler*, vol. I. p. 988.

(r) *Cuiac.* op. omn. IV. pag. 210. — Ved. anche *Mühlenbruch*, §. 173. n. 16. — *Unterholzner.* I. pag. 394.

(s) Ved. Basil. XIII. 2. fragm. 8. Schol. A. Faber. II. pag. 119. — *Haibach*, II. pag. 44.

(t) Ved. *Schulting*, thes. contr. dec. 59. §. 5. — *Puchta*, §. 248. — *Arndts*, §. 227. — *Seuffert*, §. 254.

renza fallisce con le parole de' §§ susseguenti *qui deposuerunt*, ossia vengono chiamati da *Ulpiano* depositarii i deponenti (u).

5) Finalmente il *Frister* opina che debbonsi supporre tre casi differenti: 1) quando il denaro depositato presso l'argentario trovasi ancora in ispecie distinto, ed allora si comprende da sè stesso che il deponente lo rivendica, ed è in qualità di rivendicante preferito a qualunque altro creditore; questo sarebbe il caso della legge 24. §. 2. in fin., 2) quando il danaro depositato non esiste più presso l'argentario, allora il deponente prende tra i privilegiati l'ultimo posto, questo sarebbe il caso della leg. 24. §. 2. init.; 3) può avvenire che presso il depositario che cade in concorso trovasi del denaro depositato, ma ciascun deponente non potrebbe precisare quale sia il proprio, sicchè non sarebbe propriamente il caso di una *vindicatio;* per questa contingenza la legge 7. §. 2. conterrebbe una norma, cioè che il deponente in rapporto al denaro depositato trovato è preferito a tutti gli altri privilegiati creditori (§. 2), e molti deponenti in questo caso concorrono *pro rata* tra loro. Quando tutti i deponenti non sono perfettamente soddisfatti dal danaro depositato che trovano, avranno diritto pel resto sul patrimonio del depositario, è questo il caso della legge 8 cit., ma in conformità delle leg. 24. §. 2, essi prenderanno allora l'ultimo posto tra i creditori privilegiati (w).

Quest'opinione corrisponde molto più allo spirito e alle parole delle leggi citate, ed il risultato è naturalissimo; non possiamo non convenire della possibilità del terzo caso, e della sua differenza con gli altri; ma anch'essa presenta un lato debole, ed è che la leg. 8 pare che stabilisca lo stesso privilegio così rispetto al denaro depositato trovato presso l'argentario, come al resto del patrimonio, sicchè dissonerebbe dalla leg. 7. §. 2. Bisogna convenire dall'altra parte che l'ultima opinione offre meno inconvenienti delle altre, tantoppiù che la difficoltà notata può essere cagionata dall'aver omesso il principio di questa legge, unendola con la precedente. Sicchè tenuto conto di queste ragioni, l'ultima opinione merita la preferenza.

d) In fine molti altri hanno stimato che una perfetta conciliazione tra i due passi è impossibile, e però preferiscono la legge 24. §. 2. cit. alla leg. 7. §. 2. *depos.*, poichè la prima è espressamente messa nel titolo, che esclusivamente tratta del *privilegium exigendi* (v).

(u) *Neustetel* disquis. del diritto rom. n. 2. pag. 27. — *Emmerich*, Giorn. di dr. e proc. civ. di Giessen. V. 1. 55. — *Haimberger*. dirit. rom. pur. §. 270. n. 50.

(w) *Frister*. l. c. §. 11. 18.

(v) Ved. *Vangerow*, §. 594. — *Schweppe*, concorso §. 77. — *Wening*, § 204.

CAPITOLO II.

DELLA ORIGINE ED ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI.

SEZIONE I.

Origini delle obbligazioni.

§. 338.

I. Delle origini delle obbligazioni in generale.

Secondo i testi cinque cause generano le obbligazioni:

1) Esse possono avere per origine un negozio giuridico, il quale può prendere la forma di una vicendevole dichiarazione da ambe le parti, di colui che acquista un diritto e di colui il quale si obbliga; questa è la origine della obbligazione per contratto, la più importante di tutte; ovvero di una dichiarazione solitaria da parte di colui che manifesta l'intenzione di obbligarsi *(pollicitatio)*, la quale non genera che raramente una obbligazione.

2) L'obbligazione può avere origine da un fatto illecito compiuto con determinazione di volontà, obbligazione nascente da delitto.

A queste due origini di obbligazioni se ne aggiunge un'altra espressa dai fonti con le parole *ex variis causarum figuris*, la quale locuzione si è intesa per due cause differenti:

3) Atti giuridici, ossia atti diretti ad uno scopo giuridico, nel quale non è richiesto, che la intenzione del subbietto sia diretta alla *obligatio*, ma che abbiano analogia con qualche determinato contratto; queste sono le obbligazioni che nascono da' quasi-contratti. Nel diritto romano sono determinati cinque casi di quasi contratti: a) la *hereditatis aditio;* b) la *negotiorum gestio*; c) la *communio incidens ;* d) la *solutio indebiti;* e) l'accettazione della tutela. Ogni quasi-contratto ha analogia con un determinato contratto. Così la *communio incidens* risponde alla società, la *negotiorum gestio* al mandato, la *solutio indebiti* al mutuo, l'accettazione della tutela anche al mandato; solamente l' *hereditatis aditio* non ha riscontri di contratto.

4) Le obbligazioni possono avere origine da un' azione illecita di per sè senza determinata volontà, e perciò propriamente allora si dirà che le obbligazioni nascono dai quasi-delitti. Il diritto romano ricono-

sce quattro quasi-delitti: a) *Positum et suspensum;* b) *Effusum et deiectum;* c) *Receptum nautae, cauponae, stabularii;* d) *Si iudex litem suam facit* (a).

5) Finalmente le obbligazioni possono nascere indipendentemente dalla volontà dei subbietti direttamente dalla legge.

II. Della origine delle obbligazioni per contratto.

§. 339.

A. Concetto e specie de' contratti.

Per contratto intendiamo il consenso concorde di due o più persone diretto a fondare un rapporto obbligatorio. Per la qual cosa il contratto suppone:

1) Un accordo di più persone delle quali se una addiviene esclusivamente obbligata, l'altra acquista esclusivamente il diritto di obbligazione, il contratto si dirà uni-laterale; se entrambe vicendevolmente acquisteranno il diritto e si obbligheranno, il contratto prenderà il nome di bilaterale.

2) Il *consensus*, il quale deve estendersi sovra tutti i punti essenziali del contratto, onde la mancanza del consenso su questi punti genera la nullità dell'atto.

3) La manifestazione dell'accordo, ossia una promessa ed una accettazione. La semplice promessa, *pollicitatio*, non genera per sè una obbligazione se non in alcuni casi determinati (a).

Il contratto sarà perfetto quando i detti requisiti si ritrovano sovra tutti i punti essenziali, onde un semplice disegno o proposta non crea obbligazione:

4) Finalmente la promessa deve avere una *causa debendi*, ossia un fondamento giuridico, come un atto di liberalità, di rimunerazione, l'estinzione di una precedente obbligazione ecc.; senza cui non nasce relazione obbligatoria.

II. Circa alla forma i contratti si distinguono in reali *(res)*, verbali *(verba)*, letterali *(literae)*, consensuali *(consensus)*; di queste quattro forme due si attagliano ad ogni specie di obbligazione e sono *verba et lite-*

(a) *Gai.* Inst. III. 88. §. 2. Inst. de obl. (3. 13.). — L. 1. pr. de O. et A. (44. 7.). — confr. L. 52. eod.

(a) Ved. T. D. de pollicitationibus (50. 12.).

rae; altre due, *res et consensus*, ad alcune soltanto. La osservanza di queste forme è necessaria, altrimenti l'obbligazione retta dalla semplice *conventio* o *pactio* non genera azione in giudizio (b); se poi per volontà delle parti si sceglie ad una convenzione una forma che non sarebbe necessaria invece di un'altra determinata, come ad un contratto di compravendita la scrittura, la perfezione di questa forma, ossia la sottoscrizione dell'atto da parte di entrambe le parti nel dubbio è ritenuta come condizione per la validità del negozio (c).

1) Sono contratti reali quelli per cui da una parte vien data qualche cosa sotto l'obbligo dell'altra parte di restituirla; un contratto simile addiviene per conseguenza perfetto per mezzo della *datio*. Di essi ve ne sono quattro: mutuo, deposito, pegno e comodato.

2) La forma della convenzione può consistere in semplici e determinate parole, *verborum obligatio;* ossia la validità dell'obbligazione nasce da tassative domande verbali, e da tassative risposte: p. e. *spondes mihi centum dare? Spondeo.* Tutte le convenzioni, meno le bilaterali, possono prendere questa forma; tale era il *nexum*, la *obligatio per aes et libram.* Fa mestieri in questa forma distinguere due casi: *verba* semplici di colui che si obbliga come la *dotis dictio*, la *iurata promissio liberti*; e *verba* da ambedue le parti, e questa è la *stipulatio*, il più importante caso della *verborum obligatio.*

L'essenza della stipulazione non consiste propriamente nelle parole speciali, ma nell'accordo perfetto tra la domanda e la risposta e nella loro pronuncia tra presenti; esse per maggior stabilità di pruova possono essere ridotte in iscritto (d). Però non era necessario che si adope-

(b) L. 17. pr. §. 2. 4. de pact. (2. 14.).— L. 13. 28. c. de pact. (2. 3.). *Diocl.* et *Maxim.* Si certis annis quod nudo pacto convenerat, datum fuerit, ad praestandum in posterum indebitum solutum obligare non potuit eum, qui pactum fecit, nisi placitis stipulatio intercesserit.— L. 1. §. 2. de rer. permut. (19. 4.). — L. 3. 4. C. de rer. permut. (4. 64.).

(c) L. 17. C. de fid. instr. (4. 21.). *Iustin.* Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrharum vel alterius cuiuscunque causae, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas in instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata, et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, et postremo partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet literas unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum vel absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare; adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponatur vel contractum venditionis perficere, vel id quod emtoris interest, ei persolvere. — pr. Inst. de contrab. emt. (3. 23.). — confr. L. 4. de fide instr. (22. 4.).

(d) §. 8. Inst. de fideiuss. (3. 20.). — In stipulationibus fideiussorum sciendum est, generaliter hoc accipi, ut, quodcunque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum: ideoque constat, si quis se scripserit fideiussisse, videri omnia solemniter acta.— L. 3. de V. O. (45. 1.).

rassero speciali solenni parole (e). La *stipulatio* genera una *stricti iuris actio* (f).

3) Le obbligazioni possono nascere *literis*, sicchè la forma scritta è la base dell'obbligazione: ma questa forma è cessata nel diritto giustinianeo, nel quale può solo essere riguardata come una specie di *obligatio literarum* la quietanza (§. 335.) (g).

4) Finalmente le obbligazioni si fondano per semplice consenso: ossia per alcuni casi nei quali le forme si opponevano alla necessità del commercio e alla essenza stessa della obbligazione, il semplice consenso fu elevato a contratto senza bisogno di forma (h). Di questa specie di contratti che sono *iuris gentium* e *bonae fidei negotia* se ne contano quattro: *emtio venditio*, *locatio conductio*, in cui entra il contratto di enfiteusi per Zenone, *societas*, *mandatum*.

La convenzione priva delle forme determinate è un semplice patto e come tale non può generare un'azione, *nuda pacta*, *nudae pactiones sive conventiones*. Per eccezione fu concessa un'azione anche ai semplici patti *pacta vestita*, e ciò avvenne parte per diritto pretorio, donde il nome di *pacta praetoria*, parte per costituzioni imperiali, ed ebbero il nome di *pacta legitima*, parte finalmente perchè, essendo aggiunti ai contratti, si estesero ai patti le medesime azioni dei contratti, e così si dissero *pacta adiecta*. Affinchè questi ultimi patti si potessero far valere con le azioni del contratto fa mestieri che vi concorrano tre condizioni:

a) Che sia aggiunto ad un contratto di buona fede; nei contratti di stretto diritto invece dovrebbe essere ridetto a forma di *verborum obligatio*.

b) Che l'*adiectio* dev'essere fatta *in continenti* appena si conchiude il contratto.

c) Finalmente che non deve del tutto contraddire alla sostanza del contratto principale (i).

(e) L. 10. C. de cont. Vip. (8. 38.). *Leo.* Omnes stipnlationes, etiamsi non solemnibus vel directis, sed qnibuscnnqne verbis consensn contrahentinm compositae sunt, legibus cognitae snam habeant firmitatem. — L. 4. §. 6. C. de recept. (2. 56.).

(f) L. 24. de reb. cred. (12. 1.). *Ulp.* Si quis certum stipulatns fuerit, ex stipnlatn actionem non habet, sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur.

(g) T. Inst. silit. obligationibns (3. 21.).

(h) *Gai.* Inst. III. 13. 5-132.

(i) L. ved. L. 72. pr. de cond. ennt. (18. 1.). *Papin.* Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emtioni, contineri contractu videntur, quae vero adiiciunt, credimus non inesse. Quod locum habet in his, quae adminicula sunt emtionis, velnti ne cautio duplae praestetur, ant, nt cum fideinssore cautio duplae praestetur; sed quo casu agente emtore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. An idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emtionis substantia consistit ex pretio.

§. 340.

Dei contratti innominati.

T. D. de praeacriptia verbis (19. 5.); — C. de rerum permntatione et praescriptis verbia (4. 64.). — *Retes*, de contract. innomin. et action. praescriptia verbis (ved. Meermann Thes. VI. pag. 89.). — *Pòhls*, saggio di nna esposizione fondamentale della teoria de'contratti innominati, Heidelb. 1821. — *Waechter*, doctrina de condictione causa data causa non secnta in contract. innominat. — *Tubingae*, 1822. — *Erxleben*, de contractnum innominatorum indole ac natura, Goett. 1835.

Verso la fine della repubblica il sistema contrattuale in Roma fu per mezzo della giurisprudenza corretto così: prima le sole convenzioni si potevano far valere in giudizio, le quali corrispondessero al concetto di uno degl'indicati contratti; questi davano origine alle azioni, dando, eccetto i contratti per stipulazione, il proprio nome alle azioni, *actiones vulgares:* da questo tempo si venne ad estendere la possibilità delle azioni, e nacque la teoria dei contratti innominati in questa guisa: che bisogna sancire con tutta la validità di un contratto qualunque convenzione diretta ad una vicendevole prestazione, quando da una delle parti in realtà è stata prestata qualche cosa. In questo caso per colui, il quale realmente ha fatto una prestazione, nasce una *actio in factum s. praescriptis verbis* diretta alla prestazione di ricambio: l'azione è negata fin quando nessuna delle parti abbia eseguita la sua prestazione; anzi fino al punto che elegge di stringere l'altra all'adempimento, ha facoltà di ritirare tutto quello che ha prestato con una *condictio*. Sopra di ciò fa d'uopo considerare:

1) È requisito essenziale di un contratto innominato l'essere bilaterale, ossia è richiesta una prestazione vicendevole, prestazione e controprestazione, o, come si esprimono i testi è mestieri vi sia un *sinallagma* (a). La precisa forma nella quale dev'essere fatto un tale contratto

Paulus notat: si omnibus integris manentibus de angendo vel deminnendo pretio rursnm convenit, recessnm a priore contractn, et nova emtio intercessisse videtnr.

(a) L. 19. de V. S. (50. 16.). — L. 7. §. 2. de pactis (2. 14.). *Ulp.* Sed et si in alium contractnm res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; ntputa dedi tibi rem, nt mihi aliam dares, dedi, ut aliqnid facias, hoc *συνάλλαγμα contractum* esse, et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo pnto recte Iulianum a Mauriciano reprehensnm in hoc: dedi tibi Stichnm, nt Pamphilnm manumittas; manumisisti; evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a Praetore dandam; ille ait, civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis, sufficere; esse enim contractnm, qnod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitnr actio. — L. 1. pr. de aestim. (19. 3.). — L. 13. pr. L. 15. 19. pr. L. 22. h. t. L. 32. de reb. cred. (12. 1.). — L. 33. de cond. ind. (12. 6.). — L. 35. §. 3. de mort. caus. don. (39. 6.).

è indifferente allo svolgimento di questa teoria; ma le quattro forme, le quali sono il fondamento de' contratti bilaterali, cioè *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, si applicano perfettamente ai contratti innominati.

2) Fa mestieri ancora che la prestazione avesse avuto luogo da una parte, giacchè l'azione *praescriptis verbis* non può derivare che da un fatto o prestazione già avvenuta (b). Di fatti appena una parte ha prestato il suo adempimento non vi è più una *nuda pactio* ma una *civilis obligatio* (c).

3) L'azione che nasce dal contratto innominato e l'*actio praescriptis verbis*, detta anche *civilis in factum actio*, ovvero anche *civilis incerti actio;* nella sua formola essa non poteva contenere, come le azioni volgari una *demonstratio* esprimente una relazione giuridica di carattere determinato, ma da una *praescriptio* che pone un fatto già avvenuto, onde il nome *praescriptis verbis* e *actio in factum*. È scopo dell'azione domandare la prestazione di ricambio, e i danni della mancanza (d).

4) Con l'*actio praescriptis verbis* è data ancora, ma alternativamente, la *condictio causa data causa non secuta*, la quale senza dubbio è molto più antica della prima. La *condictio* ebbe origine dall'equità per la idea che per mezzo della prestazione poteva essere data un'azione contrattuale semplicemente a colui il quale aveva già fatto la prestazione; ma poichè l'altra parte non è stretta di contratto, l'azione di colui che ha già dato qualche cosa si limita a ripeterla; senza la prestazione di ricambio per lui non vi è causa di obbligazione, *condictio causa data causa non secuta*. Creata in seguito l' *actio praescriptis verbis* non cessò la *condictio;* ma restò per facoltà alternativa: sicchè a colui, il quale prevenne l'altra parte

(b) L. 15. h. t. L. 1. §. 2. de rer. perm. (19. 4.). *Paul.* Item emtio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet, alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his duntaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emtione, venditione, conductione, mandato.

(c) L. 8. h. t. L. 45. de pact. (2. 14.). — L. 6. 8. C. de rer. permut. (4. 64.). — L. 20. §. 1. de pact. dot. (23. 4.). — L. 10. C. de pact. (2. 3.). — Legem, quam dixisti, quum dotem pro alumna dares, servari oportet. Nec obesse tibi poterit, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci. Tunc enim hoc iure utimur, quum pactum nudum est. Alioquin quum pecunia datur, et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio. — L. 1. C. de pact. convent. (5. 14.).

(d) L. 5. §. 1. L. 7. h. t. *Paul.* Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio et venditio est, sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet, permutationem rerum emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem; in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere, vel si meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes. Explicitus est articulus ille, do, ut des.

per mezzo della prestazione, è data la facoltà o di costringere l'altro alla prestazione vicendevole con l'*actio praescriptis verbis*, ovvero di ripetere la cosa data con la *condictio causa data causa non secuta*, ed in questo si distinguono massimamente i contratti innominati dai contratti certi, nei quali è inconcepibile una simile *condictio* (e).

Si comprende di per sè che la *condictio* cessa quando la prestazione consiste in un *facere* e ciò per la natura stessa della cosa e del carattere generale della *condictio* (§. 317.); cessa ancora il diritto alla ripetizione di ciò che si è dato, quando in realtà è seguita la contro-obbligazione, dal che nasce la conseguenza, che quando quella consiste in un *non fare*, la *condictio* non avrà luogo, se non quando realmente è avvenuto il fatto contrario (f).

Fa d'uopo distinguere in questa teoria se la restituzione avviene per *causa non secuta*, ovvero *ex mera poenitentia* (g).

1) Si ha facoltà di chiedere la restituzione *per causa non secuta* che quando la contro-prestazione non è fatta in tempo debito (h), ovvero quando è addivenuta impossibile per colpa dell'obbligato (i), o pure quando era impossibile fin dal principio, ma colui, che preventivamente ha dato, non lo sapeva (k). Se al contrario la contro-obbligazione è addivenuta impossibile per caso fortuito, cessa la *condictio ob causam non secutam*.

2) È concessa la restituzione per pentimento *ex mera poenitentia*, e

(e) L. 5. §. 1. 2. L. 7. h. t. *Papin.* Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas. — L. 1. 4. 5. C. de rer. perm. (4. 64.). — L. 16. de cond. causa dat. (12. 4.).

(f) L. 1. 3. §. 1. de cond. caus. data (12. 4.). *Ulp.* Dedi tibi pecuniam, ne ad iudicem iretur, quasi decidi; an possim condicere, si mihi non caveatur, ad iudicem non iri? Et est verum, multum interesse, utrum ob hoc solum dedi, ne eatur, an ut et mihi repromittatur, non iri; si ob hoc, ut et repromittatur, condici poterit, si non repromittatur; si, ut ne eatur, condictio cessat, quamdiu non itur. Idem erit, et si tibi dedero, ne Stichum manumittas; nam secundam distinctionem supra scriptam aut admittenda erit repetitio, aut inhibenda.

(g) L. 3. §. 2. de cond. caus. dat. (12. 4.). *Ulp.* Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, si non facis, possum condicere; aut si me poeniteat, condicere possum.

(h) L. 5. §. 2. h. t. L. 3. §. 3. de cond. caus. dat. (12. 4.). *Ulp.* Quid, si ita dedi, ut intra certum tempus manumittas? Si nondum tempus praeteriit, inhibenda erit repetitio, nisi poeniteat; quodsi praeteriit, condici poterit. Sed si Stichus decesserit, an repeti, quod datum est, possit? Proculus ait, si post id temporis decesserit, quo manumitti potuit, repetitionem esse; si minus, cessare.

(i) L. 5. §. h. t. L. 10. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6.).

(k) L. 3. §. 5. de cond. caus. dat. (12. 4.). *Ulp.* Si liber homo, qui bona fide serviebat mihi pecuniam dederit, ut eum manumittam, et fecero, postea liber probatus an mihi condicere possit, quaeritur. Et Iulianus libro undecimo Digestorum scribit, competere manumisso repetitionem. Neratius etiam libro Membranarum refert, Paridem pantomimum a Domitia Neronis filia decem, quae ei pro libertate dederat, repetiisse per iudicem, nec fuisse quaesitum, an Domitia sciens liberum accepisset. — L. 5. C. de cond. ob caus. dat. (4. 6.).

questo diritto è proprio della natura di questi contratti, imperocchè fin quando non si adempie alla prestazione di ricambio, non v'è obbligo contrattuale per nessuna delle parti: e la prestazione eseguita è un fatto che non può generare quel vincolo di diritto; per la qualcosa colui che ha dato può ripetere, anche senza attendere la contro-prestazione, per pentimento; nè l'altro avrà il diritto della *retentio* di ciò che ha ricevuto per la ragione, che fu dato non *non solvendi causa*, ma *contrahendi causa*, e però finchè non vi è la ragione del contratto, ossia la contro-prestazione, non si ha il diritto di ritenere quello che il primo ha dato.

ANNOTAZIONE

Quest'ultimo punto è molto controverso in quantochè non sono i giureconsulti unanimi ad ammettere nella teoria de'contratti innominati un dritto di ripetere quello che si è dato per semplice pentimento, prima di attendere che si esegua la contro-obbligazione; alcuni ritengono un tale dritto come grande anomalia. Il loro argomento in generale è il seguente: che anche secondo i più rigorosi principii del dritto romano, il patto come semplice patto genera sempre una eccezione, e da questo principio nei contratti innominati colui il quale ha ricevuto la prestazione, può essere tutelato contro l'altro che chiede la restituzione per mezzo di una eccezione (l). Altri per confutare questa opinione, che pure ha un'apparenza di verità, sono incorsi in un'altra inesattezza, cioè hanno perfettamente negato il principio che secondo il dritto romano i *nuda pacta* generino una eccezione, riconoscendo l'eccezione solamente per il *pactum de non petendo* (m); la vera confutazione è che si deve negare la eccezione da parte di colui il quale riceveva la prestazione, perchè ciò che fu dato, fu dato non *solvendi*, ma *contrahendi causa*, e perciò non si può far parola di *soluti retentio*. Una tale prestazione nel caso di un contratto innominato è simile alla prestazione fatta *implendae conditionis causa*, e come per questa è concessa la ripetizione *ex mora poenitentia* (n), non si potrà negare nel caso di un contratto innominato (o). Contro queste ragioni le quali corrispondono esattamente alla natura stessa della cosa, al carattere giuridico de' contratti innominati, non si sono prodotti argomenti valevoli (p).

§. 341.

2) Dei contratti aleatorii.

Il contenuto di un contratto può esser tale che da una futura ed incerta contingenza dipende se il risultato del contratto stesso apporti van-

(l) *Wächter*, cit. *Mühlenbruch*, §. 344. *Erxleben*, diss. cit. pag. 143. *Schilling*, §. 325. not. 12.

(m) Ved. *Pöhls*, cit. pag. 85. *Liebe*, giorn. di dr. e proc. civ. di Giessen XV. pag. 201.

(n) L. 1. §. 1. cond. caus. dat. (12. 4.).

(o) *Savigny*, sist. pag. 225. 283. *Mommsen*, dr. di obbl. I. pag. 304. *Wening*, §. 2. 76. *Puchta*, §. 308. *Arndts*, §. 235.

(p) Ved. *Gans*, innom. contr. ved. dr. obblig.

taggio o pregiudizio a ciascuno de' contraenti. Un tale contratto chiamasi aleatorio. Un contratto può ricevere questo carattere:

1) Per la incertezza dell' obbietto, che ad un contraente vien promesso come prestazione di ricambio: tale è la *emtio spei*, e la *emtio rei speratae* (a).

2) Per la incertezza di un avvenimento, dal quale dipende la controprestazione.

3) Per l'obbligo ad una prestazione più onerosa sotto una condizione casuale di ricambio un' altra prestazione più sicura e di minore importanza.

4) Pel vicendevole obbligo di pagare una somma sotto condizione tale per la quale è incerto se il guadagno sarà per l'uno o per l'altro contraente; questi sono i così detti *ludi aleatorii*, e la scommessa (§. 388.).

B. Requisiti per la validità de' contratti.

§. 342.

1) Requisiti rispetto al subbietto ed all'obbietto.

I. Affinchè un contratto fosse valido conviene che il subbietto sia idoneo secondo che fu notato nella parte generale (§. 42.); per la qual cosa non idonei sono i mentecatti, gl' impuberi, i quali possono obbligarsi solamente con l'autorità del tutore; senza essi si obbligheranno naturalmente, soltanto che in quanto essi addivennero più ricchi saranno obbligati anche civilmente (§. 141. ann.). Il minore è ancora circoscritto nell' obbligazione, egli può, come qualunque altro entrare in un rapporto obbligatorio, ma non potrà alienare nulla dal suo patrimonio senza il consenso del curatore. Lo stesso si dica dei prodighi.

II. Circa all'obbietto si hanno i seguenti principii:

1) La prestazione che forma il contenuto del contratto dev'essere possibile; quando l'obbietto non esiste al momento che il contratto è fatto, non nasce per esso nessuna obbligazione.

Se il contratto è fatto sotto condizione, pel promittente sta il pericolo della perdita dell'obbietto, per l'altro quello della deteriorazione. È nullo il contratto quando l' oggetto del medesimo è fuori commercio (b); ugual-

(a) L. 8. pr. de contrah. emt. (18. 1.). — L. 7. §. 11. de hered. vel act. vend. (18. 4.). — L. 11. in fin. L. 12. de act. emti. (19. 1.).

(b) L. 15. pr. L. 57. pr. de contrah. emt. (18. 1.). *Paul.* Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emtio est. — L. 1. §. 9. de O. et A. (44. 7.).

mente se *extra commercium omnium*, o solamente *creditoris;* valido nondimeno se la cosa è solamente *extra commercium debitoris* (c).

Quando la natura del contratto suppone che il creditore non sia proprietario, esso in caso che si conchiuda sulla cosa propria di lui, è nullo (d). Se al contrario sulla cosa propria del creditore fu conchiuso un contratto sotto condizione, questa decide della validità del medesimo, sicchè se la condizione avviene quando la cosa non era più in proprietà di colui il quale contraeva, il contratto è valido (e).

Possono validamente farsi i contratti sulle cose altrui quando non consistano strettamente nel dare (f). Anche il ladro può validamente contrarre sulle cose rubate, purchè l'altra parte non conosca questa qualità delle cose (g).

2) In secondo luogo la prestazione dev'essere permessa , ogni atto turpe è da considerarsi giuridicamente nullo; così se uno promette qualche cosa d'impossibile moralmente e giuridicamente, l'atto è di nessun momento (h).

Quando uno si fa promettere qualche cosa, promettendo da parte sua di non commettere una immoralità, il contratto è turpe (i).

3) In terzo luogo conviene che la prestazione sia determinata (k), se

(c) L. 1. §. 9. de O. et A. (44. 7.). — L. 34. 83. §. 5. de I. O. (45. 1.).

(d) L. 45. de R. I. (50. 17).

(e) L. 31. 98. de V. O. (45. 1.). *Pom.* Si rem meam sub conditione stipuler, utilis est stipulatio, si conditionis existentis tempore mea non sit.

(f) L. 34. eod. *Ulp.* Multum interest, utrum ego stipuler rem, cuius commercium habere non possum, an quis promittat. Si stipuler rem, cuius commercium non habeo, inutilem esse stipulationem placet; si quis promittat, cuius non commercium habet, ipsi nocere, non mihi.— L. 28. de contr. emt. (18. 1.).

(g) L. 34. §. 3. de contr. emt. (18. 1.). *Paul.* Item si et emtor, et venditor scit furtivum esse, quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur. Si emtor solus scit, non obligabitur venditor, nec tamen ex vendito quidquam consequitur, nisi ultro quod convenerit, praestet; quodsi venditor scit, emtor ignoravit, utrimque obligatio contrahitur; et ita Pomponius quoque scribit.

(h) L. 26. 27. pr. L. 35. §. 1. de V. O. (45. 1.). — L. 57. pr. loc. (17. 2.). §. 7. Inst. de mand. (3. 26.). — Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto aut de damno faciendo aut de iniuris facienda tibi mandet. Licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem. — confr. L. 37. §. 3. de pact. (2. 14.).

(i) L. 7. §. 3. de pact. (2. 14.). *Ulp.* Si ob maleficium, ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione. — L. 1. §. ult. L. 2. pr. L. 9. de cond. ob turp. caus. (12. 5.).

(k) L. 115. pr. de V. O. (45. 1.). *Papin.* Ita stipulatus sum: *te sisti in certo loco; si non steteris, quinquaginta aureos dari spondes?* si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, quum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio, non secus ac si, quod pondere, numero, mensura continetur, sine adiectione ponderis, numeri, mensurae stipulatus essem, vel insulam aedificari, non demonstrato loco, vel fundum dari, non adiecto nomine. Quodsi ab initio id agebatur, ut quocunque die sisteres, et si non stetisses, pecuniam dares, quasi

non in maniera assoluta almeno relativamente; essa può mettersi anche all'arbitrio di un terzo; ma se all'arbitrio del promittente, l'obbligazione è di nessun momento.

§. 343.

2) Requisiti rispetto alla dichiarazione della volontà; ed influenza dell'errore, della violenza e delle frode.

Kern., de errore contrahentium, Goett. 1806. — *Krih*, de err. fact. in emt. effect. Lips. 1813. — *de Wael.*, de err. in convent. Traiet. ad Rheu. 1821. — *Richelmann.*, com. de facti errore in convent. Goett. 1832. — *Nood.*, de form. emendandi doli mali opp. I. pag. 350. — *Nettelblandt*, de doli incidentis et causam dandis in contract. effect. Hali. 1744. — *Neustetel*, bonae fidei negotia dolo inita non esse nulla, Heidelb. 1818. — *Rudolph.*, de effecta metus in pactis et contract. Erlang. 1760.

Secondo che si espose nella parte generale a questo riguardo la volontà dev'essere libera e seria nel dichiararsi.

Ma la volontà può trovarsi sotto l'influenza dell'errore, della violenza, e della frode.

I. L'errore considerato generalmente nel contratto, può distruggere perfettamente il consenso, ed allora sarà il contratto nullo *(errantis nulla est voluntas)* (a); ovvero riguarda solamente i motivi che indussero la volontà a dichiararsi ed allora il contratto sarà considerato valido come se non vi fosse stato errore (§. 44.). Su questa importante teoria che produce così estese e svariate conseguenze possiamo avere tre aspetti differenti, ossia l'errore può riguardare o la intenzione dell'altra parte o l'obbietto del contratto, ovvero la persona dell'altro contraente.

A. Quando l'errore riguarda l'intenzione dell'altro contraente, ossia quando ciascuno ha un proposito diverso dall'altro, si avrà la regola che tutto il contratto è di nessun momento, poichè manca un vero consenso (b). Questo può avvenire nei seguenti casi:

1) Per errore sul carattere del contratto medesimo, ossia quando ciascuno de'due contraenti ha in mente un contratto differente da quello che l'altro (c). Quantunque in questo caso non possa conchiudere un valido

quaelibet stipulatio sub conditione concepta vires habebit, nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non possit.

(a) Ved. vol. I. §. 44. annat.

(b) L. 57. de O. et A. (44. 7.). *Pompon.* In omnibus negotiis contrahentis, sive bona fides sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, puta, qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendam est, ut si dissensiant, aliud alia existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.

(c) L. 18. de reb. cred. (12. 1.). — L. 9. pr. de contr. emt. (18. 1.). — L. 3. §. 1. de O. et

contratto, pure come altrove vedemmo, ciò non si oppone al passaggio della proprietà (d).

2) Per scambio di cosa, *(error in corpore)*, ossia quando ciascuno de' due contraenti pensa a tutt' altro obbietto, ed anche in questo caso il contratto dev'essere di nessun momento (e); anche la tradizione non è valida in questo caso, sicchè per mezzo di essa nè vi può essere un immediato passaggio della proprietà, nè può derivarne un possesso *ad usucapionem* (f). All'incontro quando l'errore riguarda le accessioni, l'affare giuridico rimarrà nella sua piena validità, sicchè si deve prestare solo quella cosa accessoria che il promittente avrà in mente (g); così senza effetto sarà l'errore che riguarda il semplice nome dell'oggetto (h).

3) Quando il contratto non è conchiuso sopra una specie, ma sopra un genere, se entrambi i contraenti hanno in mente un altro genere; un tale errore sarà simile all'errore *in corpore*.

4) Quando l'oggetto della prestazione è una quantità, e ciascuno dei due contraenti ne ha in mente un'altra, si deve fare la distinzione tra contratti unilaterali e bilaterali; i primi restano sempre validi per la quantità minore fra le due, giacchè fino a questo punto si accetta un vero consenso. Al contrario nei contratti bilaterali, quando cioè la promessa di una quantità ha il ricambio di un'altra prestazione, il contratto è considerato di nessun momento, quando il promittente dà meno di quello che l'altro credeva; nel caso contrario anche il contratto bilaterale resta valido fino alla minore quantità (i).

A. (44. 7.). *Paul.* Non satis autem est, dantis esse nummos, et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari, et accipi, ut obligatio constituatur. Itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit, et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est. — confr. L. 5. pr. de neg. gest. (3. 5.).

(d) Ved. vol. II. 171. pag. 290.

(e) L. 57. de O. et A. (44. 7.). — Ved. not. (b). L. 9. pr. de contr. emt. (18. 1.). — L. 1. 137. §. 1. de V. O. (45. 1.). — L. 10. C. de donat. (8. 54.). §. 33. Inst. de inut. stipul. (3. 19.).

(f) L. 34. de acquir. poss. (41. 2.). — L. 2. §. 6. pro emt. (41. 4.). *Paul.* Quum Stichum emissem, Dama per ignorantiam mihi pro eo traditus est; Priscus ait, usu me eum non capturum, quia id, quod emtum non sit, pro emtore usucapi non potest. Sed si fundus emtus sit, et ampliores fines possessi sint, totum longo tempore capi, quoniam universitas eius possideatur, non singulae partes.

(g) L. 34. pr. de contr. emt. (18. 1.). *Paul.* Si in emtione fundi dictum sit, accedere Stichum servum, neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, quum de alio emtor, de alio venditor senserit, nihilominus fundi venditionem valere constat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit, nec refert; quanti sit accessio, sive plus in ea sit, quam in ipsa re, cui accedat, an minus; plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicuti quum domus propter marmora et statuas et tabulas pictas ematur.

(h) L. 9. §. 1. eod. *Ulp.* Si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emtio et venditio; nihil enim facit error nominis quum de corpore constat. — L. 80. de iud. (5. 1.). — L. 32. de V. O. (45. 1.).

(i) L. 1. §. 4. de V. O. (45. 1.). — L. 52. locat. (19. 2.). *Pompon.* Si decem tibi locem fun-

B. Quando l'errore cade sulla cosa si possono avere le seguenti combinazioni:

1) Quando l'errore concerne la esistenza stessa dell'obbietto, è certo che quando l'oggetto fosse perito prima che fosse conchiuso il contratto, è sempre nullo, anche indipendentemente dall'errore: perito intendiamo propriamente quello che formava l'obbietto del contratto (k). Quando al contrario l'oggetto prima della conchiusione del contratto fosse perito in parte, nei contratti unilaterali il creditore può avere diritto al resto; ovechè quando è condizione di un obbligo dell'altra parte, come p. e. si vende una casa e questa si è in parte bruciata prima della conchiusione del contratto, le leggi distinguono varii casi (l).

a) Quando nessuno de'contraenti sapeva che la casa fosse stata bruciata, e ne andò in fiamme la maggior parte, non si può dire propriamente che il contratto è nullo, ma dipenderà dalla determinazione del compratore se vuole o no tenersi a quello che è stato stabilito. Se al contrario la casa si bruciò per metà, il contratto è valido, ed il venditore deve permettere una corrispondente diminuzione di prezzo. Se poi fu venduta una *universitas rerum*, il contratto sarà nullo quando prima della conchiusione del medesimo, anche alcuna cosa appartenente alla stessa fu distrutta (m).

b) Se l'incendio era conosciuto dal solo venditore, quando tutta la casa andò in fiamme, il contratto è di nessuno momento; se poi fu bruciata una sola parte, il contratto è valido, ma il venditore per dolo è obbligato a rimborsare al compratore ogni danno (n).

dum, tu autem existimes quinque te conducere, nibil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi.

(k) L. 8. 15. 44. 57. pr. 58. de contr. emt. (18. 1.). — Ved. §. 342. not. (b). — L. 1. 7. de hered. vel. act. vend. (18. 4.). — L. 1. §. 9. de O. et A. (44. 7.).

(l) L. 57. pr. 58. de contr. emt. (18. 1.). *Papin.* Arboribus quoque vento deiectis, vel absumtis igne dictum est, emtionem fundi non videri esse contractam, si contemplatione illarum arborum, veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente, sive ignorante venditore; sive autem emtor sciebat, vel ignorabat, vel uterque eorum, haec obtinent, quae in superioribus casibus pro aedibus dicta sunt.

(m) L. 57. pr. cit. *Paul.* Domum emi, quum eam et ego, et venditor combustam ignoraremus; Nerva, Sabinus, Cassius, nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse aiunt. Sed si pars domus maneret, Neratius ait, hanc quaestionem multum interesse, quanta pars domus incendio consumtae permaneat, ut si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emtor perficere emtionem; sed etiam quod forte solutum ab eo est, repetet. Sin vero vel dimidia pars, vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coarctandus est emtor venditionem adimplere, aestimatione viri boni arbitratu habita, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab huius praestatione liberetur. — L. 34. 35. 36. 38. de aed. edil. (21. 2.). — L. 44. de contr. emt. (18. 1.).

(n) L. 57. §. 1. cit. *Paul.* Sin autem venditor quidem sciebat, domum esse exustam, emtor autem ignorabat, nullam venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit; si

c) Se all'incontro lo stesso compratore era a conoscenza dell'incendio, egli rimane sempre obbligato al contratto, ed a pagare l'intiero prezzo; lo stesso si dica di una cosa furtiva, quando il compratore conosce il *vitium rei* (o).

d) Quando entrambi avevano conoscenza dell'incendio avvenuto, il dolo vicendevole si compensa, ed il contratto si avrà come non conchiuso (p).

2) Quando l'errore del creditore versa sulla qualità dell'oggetto, un contratto unilaterale non potrà essere mai per questo motivo considerato nullo (q); se all'incontro si trattasse di un contratto bilaterale, l'errore è essenziale quando per l'erronea qualità immaginata, e secondo il concetto ch'esiste nel commercio, la cosa potrebbe essere considerata appartenente ad altro genere, che a quello al quale realmente appartiene (r). Secondo questa regola si avranno le seguenti conseguenze :

a) Quando taluno compra oggetti di bronzo o di qualche altro vile metallo, credendo che fossero di argento, il contratto è nullo; se poi l'argento non è tanto fino quanto egli il credeva, il contratto è valido (s).

b) Quando taluno compra aceto credendolo vino, il contratto è nullo, quando che se il vino è solamente acido il contratto è valido (t).

c) Quando taluno compra una schiava erroneamente per uno schia-

vero quantacunque pars aedificii remaneat, et stare venditionem, et venditorem emtori quod interest restituere. — L. 34. §. 3. de contr. emt. (18. 1.).

(o) L. 57. §. 2. cit. *Paul.* Simili quoque modo ex diverso tractari oportet, ubi emtor quidem sciebat, venditor autem ignorabat; et hic enim oportet, et venditionem stare, et omne pretium ab emtore venditori, si non depensum est, solvi, vel si solutum sit, non repeti. — L. 35. §. 3. cit.

(p) L. 57. §. ult. cit. *Paul.* Quodsi uterque sciebat, et emtor, et venditor, domum esse exustam totam vel ex parte, nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando, et iudicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente. — L. 34. §. 3. cit.

(q) L. 22. de V. O. (45. 1.). *Paul.* Si id, quod aurum putabam, quum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi huius aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus; sed ex dol mali clausula tecum agam, si sciens me fefelleris. — L. 1. §. 2. de pign. act. (13. 7.).

(r) Ved. *Savigny*, l. c. p. 576. — *Arndts*, §. 239.

(s) L. 9. §. 2. L. 10. 14. de contr. emt. (18. 1.). *Ulp.* inde queritur si in ipso corpore non erretur, sed in substantia error sit, utputa si acetum pro vino veneat, aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emtio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto Digestorum, emtionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum; ego in vino quidem consentio, quia eadem prope *οὐσία* (*substantia*) est, si modo vinum acuit; ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur; in ceteris autem nullam esse venditionem puto quoties in materia erratur; aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emtor existimaret, tunc enim emtio valet. — L. 41. §. 1. 45. eod.

(t) L. 9. §. 2. eod. — Ved. not. preced.

vo, il contratto è nullo; quando invece è in errore sulla verginità della schiava ma ha voluto comprare questa, il contratto rimane valido (u).

Tutto ciò vale quando l'errore sulla qualità dell'oggetto è del creditore; se invece un tale errore fosse da parte del promittente, si avranno queste regole. Se il promittente ritiene la cosa migliore di quello ch'è, un tale errore certamente non avrà nessuna influenza (v); all'incontro quando egli ritiene la cosa che dà per peggiore di quella che in fatti è, fa d'uopo distinguere se l'errore è essenziale o no, nel primo caso si avrà la nullità del contratto. Quando entrambi creditore e promittente sono in simile errore, nei contratti bilaterali vi è sempre nullità, essendo l'errore essenziale; nei contratti unilaterali il contratto è valido quando l'oggetto è tenuto per un maggior valore.

3) L'errore può versare sulla quantità, allora bisognerà distinguere:

a) Quando l'oggetto del contratto è propriamente una determinata quantità, ed un oggetto si è per errore dato per una quantità più grande o più piccola, il promittente per mezzo della *condictio indebiti* potrà farsi restituire il dippiù dato, la quale secondo i principii di questa azione non sarà concessa quando il promittente conosceva di dare più di quello che si era stabilito (w).

b) Quando è alienato un oggetto, che per errore si è dato per più piccolo o più grande di quello che in realtà è, ed il prezzo è stato determinato secondo le parti componenti il tutto, il prezzo dev'essere dopo o elevato o diminuito secondo che l'oggetto è più grande o più piccolo (x).

c) Quando l'oggetto è stato alienato non secondo le parti componenti, ma nel suo tutto, e l'uno o l'altro contraente ritiene l'oggetto per più grande o più piccolo, l'errore non è essenziale, ed il contratto rimane va-

(u) L. 11. §. 1. de contr. emt. (18. 1.).— Circa all'errore sulla qualità del legno, la comune opinione si è decisa di leggere la legge 21. §. 1. de act. vend. (19. 1.) come il manoscritto fiorentino nelle parole *emtionem esse*, e non *emtionem non esse* come nella vulgata; per conseguenza un errore nella qualità del legno non sarebbe essenziale e perciò il contratto non si annulla.

(v) L. 57. §. 2. — Ved. not. (o). — L. 58. de contr. emt. (18. 1.). — L. 52. locat. (19. 2.).

(w) L. 18. §. 3. de dol. mal. (4. 3.). *Paul.* De eo, qui sciens commodasset pondera, ut venditor emtori merces adpenderet, Trebatius de dolo dabat actionem. Atqui si maiora pondera commodavit, id. quod amplius mercis datum est, repeti condictione potest; si minora, ut reliqua merx detur, ex emto agi potest, nisi si ea conditione merx venit, ut illis ponderibus traderetur, quum ille decipiendi causa affirmasset, se aequa pondera habere. — L. 5. §. 1. si mens. (11. 6.). — L. 26. §. 4. p. de cond. indeb. (12. 6.).

(x) L. 40. §. 2. de contr. emt. (18. 1.). *Ulp.* Qui agrum vendebat. dixit, fundi iugera decem et octo esse et quod eius admensum erit, ad singula iugera certum pretium stipulatus erat; viginti inventa sunt; pro viginti deberi pecuniam respondit.

lido senza distinguere se fosse unilaterale o bilaterale; sicchè in contratti di quest'ultima specie non vi sarà facoltà di pretendere nè un aumento di prezzo da una parte, nè diminuzione del medesimo dall'altra; meno però se non vi è dolo, *laesio enormis*, o quando si era garentita la grandezza, quantunque per casi straordinarii l'oggetto crebbe dopo la conchiusione del contratto come per accessione (y).

4) Quando l'errore è *in dominio* ossia nel rapporto giuridico delle parti coll'obbietto, un tale errore non ha nessuna influenza sul contratto. Fa mestieri intanto di distinguere i seguenti casi:

a) Il promittente crede di contrarre sopra cosa di cui egli non è proprietario. Se il contratto è tale, che potrebbe aggiustarsi anche ad una *res aliena*, ovvero non consiste in *dare* nello stretto significato della parola, il contratto è valido non ostante l'errore (z).

b) Il promittente crede di contrattare sopra una cosa altrui, ove in realtà essa appartiene a lui; come taluno, possedendo in buona fede lo schiavo di Tizio, dà mandato al vero proprietario, a Tizio, il quale ignora la sua proprietà, di vendere quello schiavo: questi lo vende; quando dopo ciò egli conosce il vero stato delle cose, non ostante il suo errore rimane obbligato pel contratto conchiuso, nè potrà con efficacia rivendicare il suo schiavo; potrà bensì per la rifazione dei danni rivolgersi al mandante per mezzo dell'azione del mandato (aa).

c) Il creditore suppone di contrattare sulla cosa del promittente, mentre in realtà contratta sulla medesima cosa propria; in questo caso il contratto è nullo, ma non certamente a causa dell'errore, ma perchè manca una parte essenziale al contratto (bb).

(y) L. 69 §. 6. de evict. (21. 2.). — L. 13. §. 14. de act. emt. vend. (19. 1.). *Ulp.* Si Titius fundum, in quo nonaginta iugera erant, vendiderit, et in lege emtionis dictum est, in fundo centum esse iugera, et, antequam modum manifestetur, decem iugera alluvione accreverint, placet mihi Neratii sententia existimantis, ut, si quidem sciens vendidit, ex emto actio competat adversus eum, quamvis decem iugera accreverint, quia dolo fecit, nec dolus purgatur ; si vero ignorans vendidit, ex emto actionem non competere.

(z) L. 28. 34. §. 3. de contr. emt. (18. 1.). *Ulp.* Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est, nam emtio est et venditio; sed res emtori auferri potest.

(aa) L. 49. mand. (17.1.). *Marcell.* Servum Titii emi ab alio bona fide, et possideo; mandatu meo eum Titius vendidit, quum ignoraret suum esse; vel contra ego vendidi illius mandatu, quum forte is, cui heres extiterit, eum emisset; de iure evictionis et de mandato quaesitum est. Et puto, Titium, quamvis quasi procurator vendidisset , obstrictam emtori, neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam; et idcirco mandati agere posse, si quid eius interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit , exceptione doli summovetur, et adversus venditionem testatoris sui habet ex emto iure hereditario actionem.

(bb) L. 45. pr. de R. I. (50. 17.). — Confr. L. 15. depositi (16. 3.). — L. 16. pr. de contr. emt. (18 1.). *Pompon.* Suae rei emtio non valet. sive sciens, sive ignorans emi; sed si igno-

d) Il creditore in realtà acquista una cosa dal promittente, credendo che appartenesse ad un terzo, anche questo errore è senza effetto ed il contratto è perfettamente valido, giacchè *plus in re sit, quam in extimatione mentis* (cc).

C. L'errore può versare sulla persona dell'altro contraente; un tale errore si può riferire e alla identità della persona, ovvero alle sue qualità, nel primo caso il contratto dev'essere nullo (dd), eccetto quando un tale errore non toglie il consenso (ee). Quando poi l'errore concerne la qualità della persona, è da osservare se la putativa qualità dell'altro contraente può avere influenza sulla prestazione convenuta, se l'errore è essenziale o no, varranno poi le regole osservate pel caso che l'errore concerne la qualità dell'obbietto. Il che vuol dire: che se la prestazione convenuta, a causa della erronea qualità, addiviene tutt'altra, l'errore sarà allora essenziale; se al contrario la relazione obbligatoria per la causa medesima non si modifica essenzialmente, l'errore non eserciterà influenza alcuna; quantunque per altri motivi, p. e. per dolo, a colui che errava si potesse concedere un mezzo giuridico per esimersi dalle pregiudizievoli conseguenze.

II. Quando l'errore che forma il fondamento del dolo è, secondo i principii dianzi accennati, essenziale, il contratto dev'essere considerato di nessun momento; giacchè nel caso che l'errore è essenziale manca assolutamente il consenso, ovvero dalle leggi è considerato come mancante, e senza consenso non è possibile nessun contratto. Da tutto ciò nasce la conseguenza che in questo caso è del tutto indifferente se la frode siasi compiuta dall'altro contraente ovvero da un terzo. Per trovare dall'altra parte una speciale influenza della frode nelle relazioni obbligatorie, fa d'uopo esaminare quei casi ne'quali l'errore è considerato non essenziale.

1) Se la frode avviene in un contratto di stretto diritto, è certo che il contratto non è nullo, ma il defraudato potrà liberarsi dalle conseguenze per mezzo dell'*actio* o *exceptio doli*. Solamente quando ad un contratto è aggiunta la *clausola doli*, invece dell'*actio doli* può adoperarsi la medesima *actio ex stipulatu* (ff).

rans emi, quod solvero, repetere potero, quia nulla obligatio fuit.—L. 9. §. 6. locati (19.2.).— L. 21. 33. §. 5. de usuc. (41. 3.).

(cc) L. 9. §. 4. de iur. et fact. ign. (22. 6.). *Paul*. Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis, et ideo tametsi existimet, se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur. — L. 4. §. 1. de mand. vind. (40. 2.).

(dd) L. 32. de reb. cred. (12. 1.). — L. 52. §. 21. L. 66. §. 4. de furtis (47. 2.).

(ee) Ved. *Savigny*, l. c. p. 268.

(ff) L. 7. §. 3. de dol. mal. (4. 3.). *Ulp*. Non solum autem, si alia actio non sit, sed et si

2) Se al contrario il contraente si rende colpevole di frode in un contratto di buona fede, fa mestieri prendere a principio che il contratto è valido, ma che il defraudato per mezzo dell' azione stessa del contratto potrà liberarsi dalle conseguenze per lui pregiudizievoli (gg). Quello che l'attore potrà ottenere per mezzo di una tale azione, si vedrà dai casi speciali; così se si tratta di tale frode senza cui il contraente non avrebbe conchiuso il contratto, coll'azione contrattuale potrà ottenere la rescissione del medesimo (hh).Se al contrario la frode riguarda unicamente i modi del contratto, con l' azione non potrà pretendere che il ristoro dei danni (ii); ossia nel primo di questi casi vi sarebbe un *dolus causam dans*, nell'altro un semplice *dolus incidens*. Finchè non avviene la rescissione, il contratto rimane, e per un contratto di buona fede fatto a questo modo si potrà fare una novazione (kk). Similmente quando taluno compra una cosa con frode, acquista la proprietà, e vendendola ad un altro, al primo venditore non è data una *vindicatio* contro questo terzo (ll).

3) Se entrambi i contraenti sono vicendevolmente colpevoli di frode il dolo si compensa, e nessuno dei due potrà validamente agire contro l'altro (mm).Però se il contratto non è ancora adempiuto, nessuno dei con-

dubitetur, an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionam; et affert talem speciem: Qui servum mihi debebat vel ex venditione vel ex stipulatu, venenum ai dedit et sic eum tradidit; vel fundum, et dum tradit, imposuit ai servitutem, vel aedificia diruit, arbores excidit vel extirpavit, ait Labeo, sive cavit de dolo, sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam, si cavit, dubium est, an competat ex stipulatu actio. Sed est verius, siquidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio; si non est cautum, in ex emto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex emto; in ex stipulatu de dolo actio necessaria est.—L. 31. da rec. arb. (4·8.).—L. 1. §. 16. de dol. exc. (44. 4.).—L. 19. rem ratam. (46.8.).

(gg) Ved. *Wening*, §. 228.—*Mühlenbruch*, 337. — *Puchta*, §. 57. — *Arndts*, §. 237. — *Molitor*, l. p. 151. — Ved. anch. *Thibaut*, sist. 422. — in contr. *Nood:* cit.

(bb) L. 11. §. 5. de act. emt. vend. (19.1.).*Ulp*. Si quis virginam se emere putasset, quum mulier veniisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex bac causa non esse, verumtamen ex emto competere actionem ad resolvendam emtionem, ut pretio restituto mulier reddatur. — L. 5. 8. 10. C. de rescind. vend. (4. 44.). — L. 10. C. de distr. pign. (8. 28.). — Confr. L. 1. §. 9. L. 4. §. 4. de aedil. edicto (21. 1.). — L. 23. locali (19. 2.).

(il) L. 4. pr.L. 6. §. 9. L. 13. §. 3. 4. 5. L. 30. §. 1. de act. emt. (19. 1.). *Ulp*. Quid tamen si ignoravit quidem furem esse, asseveravit autem bonae frugi et fidum, et caro vendidit? Videamus, an ex emto teneatur; et putem, teneri. Atqui ignoravit; sed non debuit facile, quae ignorabat, asseverare. Inter hunc igitur, et (qui scit, interest), qui scit, praemonere debuit furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem. — L. 43. §. 2. L. 68. §. 1. 2. de contr. emt. (18. 1.).

(kk) L. 19. de nov. (46. 2). — Confr. L. 13. §. 27. de act. emt. (19. 1.). — L. 30. C. de transact. (2. 4.).

(ll) L. 10. C. de resc. vend. (4. 44.). — Ved. *Vang*. §. 605.

(mm) L. 3. §. 3. de eo per quem fact. erit. (2. 10.).—L. 57. §. 3. de cont. emt. (18 1.).— Ved. not. (p). — L. 36. de dolo malo (4. 3.). — L. 4. § 13. da dol. mal. exc. (44.4.).—L. 134 de R. 1. (50. 17.).

traenti potrà obbligare l'altro all'adempimento, ovvero nel caso opposto, nessuno dei due potrà nulla pretendere *ex capite doli* (nn).

4) Se all'incontro la frode nasce da un terzo anzichè da un contraente, bisogna distinguere: se l' errore prodotto dalla frode sia o no essenziale; nel primo caso il contratto *ex capite erroris* è nullo, e quando per questo non cessa il danno del defraudato, ha luogo un'*actio doli* (oo); nel secondo caso il contratto rimane nella sua piena validità, ma il defraudato potrà produrre contro il terzo l'*actio doli* (pp), eccetto quando per eccezioni vi fossero tali circostanze che il contratto potesse essere risoluto contro l'altro contraente (qq).

III. La violenza è regolata dai medesimi principii che la frode, cioè che tanto i negozii di stretto diritto, quanto quelli di buona fede conchiusi sotto l' influenza del timore, non si annullano, ma bensì sono date apposite azioni affinchè colui che soggiacque ad un simile contratto, potesse esimersi dalle conseguenze per lui pregiudizievoli; tali sono l'*actio* o *exceptio quod metus causa*, la in *integrum restitutio propter metus causam* (rr). La ragione è che nel diritto romano impera il principio che il timore non distrugge il consenso (§.43.) (ss). La differenza non vi è tra l'*actio doli* e *quod metus causa* è che la prima può essere esercitata unicamente contro lo stesso che adopera la frode, ossia vale sempre *in personam*, mentre l' altra può essere esercitata contro qualunque terzo, e però *in rem* (tt).

(nn) L. 34. §. 3. L. 57. §. 3. de contr. emt. (18. 1.). — Ved. not. (p). — L. 4. §. 13. de dol. mal. ex. (44. 4.). — L. 154. de R. I. cit.

(oo) L. 7. pr. de dol. mal. (4. 3.). *Ulp.* Et eleganter Pomponius haec verba: *si alia actio non sit*, sic excipit, quasi res alio modo ei, ad quem ea res pertinet, salva esse non poterit. Nec videtur huic sententiae adversari, quod Iulianus libro quarto scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus eum vendidit cum peculio, emtorque eum manumisit, dandam in manumissum de dolo actionem. Hoc enim sic accipimus, carere dolo emtorem, ut ex emto teneri non possit; aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est. Et quod minor proponitur, non induxit in integrum restitutionem; nam adversus manumissum nulla in integrum restitutio potest locum habere.—Sulla interpretazione di questo testo, ved. *Vangerow*.

(pp) L. 8. eod. L. 2. de proneret. (50. 14.).

(qq) L. 18. §. 3. de dol. mal. (4. 3.). — L. 3. §. 2. 3. si mensor. fals. mod. (11. 6.). — *Ulp.* Pomponius tamen scribit, si emtor plus dederit venditori propter renuntiationem quia condicere potest, quod plus dedit, agi cum mensore non posse; nihil enim emtoris interesse, quum possit condicere, nisi solvendo venditor non fuit, tunc enim mensor tenebitur. Sed si venditor maiorem modum tradiderit fraudatus a mensore, consequenter dicit Pomponius, non esse actionem adversus mensorem, quia est ex vendito actio adversus emtorem, nisi et hic emtor solvendo non sit. Idem Pomponius scribit, si propter indicium adhibitus mensor fraudaverit me in renuntiatione, teneri eum, si ob hoc de indicio minus tuli. Plane si a iudice adhibitus contra me renuntiaverit dolo malo, dubitat, an teneri mihi debeat; quod magis admittit.

(rr) Ved. gli aut. citat. nella not. (x) in contr. *Thibaut*, §. 453.—*Haimberger*, com. §. 486.

(ss) L. 21. §. 5. quod. met. caus. (4. 2.).— L. 22. de rit. nupt. (23. 2.). Ved. V. I.

(tt) L. 9. §. 1. 8. L. 10. pr. quod met. caus. (4. 2.). *Ulp.* Quum autem haec actio in rem

Quando la violenza non viene dal contraente ma da un terzo, bisogna distinguere se essa fu adoperata per costringere una delle parti, ovvero essa non fu adoperata propriamente pel contratto; in quest'ultimo caso la violenza non potrà avere influenza di sorta (uu); nel primo bisogna convenire che essa ha la medesima influenza come se provenisse dal contraente, giusto perchè essa opera *in rem* e non *in personam* (vv).

C) Effetti de' contratti.

§. 344.

1) Effetti immediati.

I. L'effetto più immediato del contratto è, che il debitore è tenuto ad adempiere la sua promessa, e perciò si fonda contro di lui a questo scopo un' *actio in personam*. Questo effetto si trasmette attivamente e passivamente agli universali successori, eccetto gli effetti di qualche contratto che cessano con la morte delle parti, come il mandato e la società.

Nei contratti bilaterali, nei quali si ha da entrambe le parti egualmente l' obbligo come il diritto, può essere dubbio chi sia obbligato pel primo ad adempiere i suoi patti. In questa circostanza è mestieri osservare le seguenti regole:

1) L' obbligo a soddisfare la promessa può essere dalla legge determinato, sicchè per disposizione di legge si saprà colui il quale pel primo dev'essere costretto all'adempimento, questo è il caso del contratto di locazione.

2) Ovvero ciò può essere deciso per volontà degli stessi contraenti per mezzo di un patto aggiunto, e colui il quale avrà promesso di adempiere pel primo al suo obbligo, vi sarà tenuto.

sit scripta, nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est, non immerito Iulianus a Marcello notatus est scribens, si fideiussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem; sed fideiussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari. Sed est verius, quod Marcellus notat, etiam adversus reum competere hanc actionem, quum in rem sit scripta.

(uu) L. 9. §. 1. fin. quod met. caus. (4. 2.).

(vv) L. 14. §. 3. quod met. caus. (4. 3.). *Ulp.* In hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit; sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum, qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse. Nam quum metus habeat in se ignorantiam, merito quis non adstringitur, ut designet, quis ei metum vel vim adhibuit; et ideo ad hoc tantum actor adstringitur, ut doceat metum in causa fuisse, ut alicui acceptam pecuniam faceret, vel rem traderet, vel quid aliud faceret. Nec enim quam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur. — L. 4. §. 33. de dol. mal. et met. except. (44. 4.). — L. 3. §. 5. C. de his, quae vi met. caus. (2. 20.).

È possibile che non vi sia nè la legge nè un patto aggiunto, allora vale la regola che ciascuno dei contraenti dal momento della perfezione del contratto è obbligato all'adempimento, e si fonda l'azione personale la quale può essere o dall' uno o dall' altro esercitata senza bisogno che precorra l'adempimento della obbligazione da parte dell' attore. Ma poichè è per se stesso poco equo di condannare uno dei contraenti all'adempimento dell'obbligo, mentre l'altro non ha ancora adempiuto al suo, viene concesso al convenuto una *exceptio doli*, che prende nome di *exceptio non dum adimpleti contractus*, il cui carattere è semplicemente il seguente : al reo convenuto spetta in forza del medesimo contratto una contro obbligazione, e fino a che questa non venga adempiuta, egli ritiene l' obbietto della sua prestazione (a).

Affinchè questa eccezione potesse essere validamente fondata, conviene dimostrare che il convenuto in forza dello stesso contratto ha diritto ad un'obbligazione di ricambio, il che in verità è supposto per la maggior parte delle obbligazioni di questo genere; imperocchè dalla qualità stessa dell' azione, ch' è quella del contratto, si argomenta la contro-obbligazione. Non è necessario inoltre che si provi, non avere l'attore da parte sua adempiuto l' obbligo suo; ma per ribattere la detta eccezione bisogna che l' attore *in replicando* provi che quella contro-obbligazione si è estinta per mezzo di pagamento, per impossibilità di adempiersi, o per qualùnque altro modo legale.

II. È principio fondamentale del diritto romano che il contratto non abbia effetti se non tra i medesimi contraenti; tale principio soffre modificazioni in molti punti del sistema delle obbligazioni, è mestieri intanto considerarlo in tutto il suo valore giuridico.

Un contratto il quale stabilisce una prestazione per un terzo, in guisa che questi addivenga creditore, è per sè stesso nullo; cosicchè non solo nessun diritto viene acquistato dal terzo, ma neppure tra i contraenti v' è legame, poichè il creditore nulla intese di acquistare per sè (b). Di questa regola vi sono molte eccezioni.

(a) L. 5. §. 4. de dol. mal. exc. (44. 4.). *Paul.* Si servus veniit ab eo, cui hoc dominus permisit, et redhibitus sit domino, agenti venditori de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet iam is, qui vendidit, domino pretium solverit. Etiam mercis non traditae exceptione summovetur, et qui pecuniam domino iam solvit; et ideo is, qui vendidit, agit adversus dominum.— L. 3. C. de evict. (8. 45.). *Gai.* Inst. IV. §. 126.—Ved. *Vangerow*, §. 607.—in contr. *Schmidt*, delle azioni ed eccezioni §. 125.

(b) §. 4. Inst. de inut. stipul. (3. 20.).—L. 38. §. 17. L. 126. §. 2. de V. O. (45. 1.). *Ulp.* Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur; inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quo sua interest; ceterum, ut alii detur, nihil interest mea. Plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committatur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest;

1) Se chi stipula un contratto simile acquista almeno il diritto all'azione, ossia quando, anche contraendosi in favore del terzo, egli stesso ne abbia vantaggio, il contratto non sarà nullo (c). Lo stesso si dica quando si determina una pena convenzionale (d). Il primo caso si ha quando il padre di famiglia fa promettere una prestazione in favore del proprio figliuolo, giacchè egli stesso per mezzo di suo figlio ne acquista il diritto (e).

2) In altri casi anche il terzo stesso per mezzo di un tale contratto ne acquista un diritto, e ciò avviene:

a) Quando un figlio di famiglia fa promettere qualche cosa per suo padre (f).

b) Quando nel conchiudere un contratto consensuale o anche reale, il contraente si rappresenta non propriamente come procuratore, ma come mezzano, cioè quando egli comunica all'altro la volontà del vero contraente, questi propriamente conchiude il contratto, ed a lui spetta l'azione: questo è il contratto conchiuso *per nuntium* il quale è equiparato al contratto *per epistolam* (g).

poenam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur, quod intersit, sed quae sit quantitas quaeque conditio stipulationis.—L. 11. de O. et A. (44. 7.).—L. 73. §. 4. de R. I. (50. 17.).—L. 11. §. 6. de pign. act. (13. 7.). — L. 6. C. quis. alteri (4. 50.). — L. 19. 26. C. de iur. dot. (5. 12). — L. 1. C. per quos personas (4. 27.).

(c) §. 20. Inst. de inut. stip. (3. 20.).—Sed et si quis stipuletur alii, quum eius interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare coeperat, cessit administratione contutori suo, et stipulatus est rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est, quum obligatus futurus esset pupillo, si male res gesserit, tenet obligatio. Ergo et si quis procuratori suo dari stipulatus sit, stipulatio vires habebit: et si creditori suo, quod sua interest, ne forte vel poena committatur, vel praedia distrahantur, quae pignori data erant, valet stipulatio.—L. 38. §. 20-23. de V. O. (45. 1.).—L. 3. C. de inut. stipulat. (8. 39.).

(d) §. 19. Inst. de inut. stip. (3. 20.).—Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest; inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi acquirat, quod sua interest; ceterum, ut alii detur, nihil interest stipulatoris. Plane si quis velit hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut comprehensum est, committatur poenae stipulatio etiam ei, cuius nihil interest; poenam enim quum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit eius, sed quae sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit poenam: *nisi dederis, tot aureos dare spondes?* tunc committitur stipulatio. — L. 38. §. 17. de V. O.

(e) §. 4. Inst. de inut. stip. (3. 20.). — L. 17. §. 4. de pact. (2. 14.). — L. 7. de pact. dot. (23. 4.). — L. 39. 56. de V. O. (45. 1.). — Confr. L. 130. eod. *Paul.* Quod dicitur, patrem filio utiliter stipulari, quasi sibi ille stipularetur, hoc in his verum est, quae iuris sunt, quaeque acquiri patri possunt; alioquin si factum conferatur in personam filii, inutilis erit stipulatio, veluti ut tenere ei, vel ire agere liceat. Contra autem filius etiam, ut ire patri liceat, stipulando acquiret ei; imo et quod in suam personam conferre non potest, patri acquirit.

(f) §. 4. Inst. de inut. stipulat. L. 38. §. 17. L. 130. de V. O. — Ved. not. prec.

(g) L. 2. pr. de pactis (2. 14.). — L. 14. §. 3. L. 15. de pec. const. (13. 5.). — L. 1. §. 1. mad. (17. 1.). — L. 1. §. 1. de contr. emt. (18. 1.). — L. 2. §. 2. de O. et Ac. (44. 7.). — L. 9. C. si quis. alt. (4. 50.).

c) Quando qualcuno in nome di un terzo contrae un mutuo, o paga un debito, egli potrà valersi della *condictio mutui*, o della *condictio indebiti;* imperocchè colui il quale riceveva la moneta resta obbligato non solamente dal contratto, ma ancora e più propriamente dall'avere avuto da quell'obbietto *sine causa*, onde la doppia azione (h). Giustiniano estese questo principio determinando che quando per la restituzione del mutuo fu costituito un diritto di pegno, spetta al terzo anche l'azione ipotecaria (i).

d) Quantunque fosse stabilita la regola che l'amministratore non possa conchiudere un contratto in nome del suo amministrato (k); pure questa regola soffre eccezione speciale nella persona del tutore e curatore, ai quali è equiparato l'*auctor municipum:* in forza di che quando è fatto debitamente un contratto, è fondata per l'amministrato un' *utilis actio*, e quando l'amministratore conchiude un *pactum de non petendo*, l'altro ha un' *exceptio doli* (l).

e) Quando un ascendente costituisce una dote e contrae la restituzione per la figlia o pe' figliuoli di lei, a questi viene concesso l'*actio utilis* (m).

(h) L. 2. §. 4. L. 9. §. 8. de reb. cred. (12. 1.). *Paul.* In mutui datione oportet dominum esse dantem, nec obest, quod filiusfamilias et servus dantes peculiares nummos obligant; id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam, nam mihi actio acquiritur, licet mei nummi non fuerint. Verbis quoque credimus quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione. — L. 6. 47. 57. pr. de cond. indeb. (12. 6.).— L. 126. §. 2. de V. O. (45. 1.). — L. 4. C. si cert. pet. (4. 2.).

(i) L. 2. C. per quas. pers. (4. 27.). *Iustinian.* Quum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiritur ei, cuius nomine pecunia credita est, per huiusmodi numerationem condictio, non autem hypotheca vel pignus, quae procuratori data vel suppo-sita sunt, dominis contractus acquiritur, talem differentiam expellentes sancimus, et condictionem, et hypothecariam actionem, vel pignus ipso iure et sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire. Si enim procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem, quare, quemadmodum ab initio in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in pignoribus et hypothecis simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem seu pignoris vinculum vel retentionem sibi acquisitam?

(k) Ved. L. 9. de adm. tut. (26. 7.).

(l) L. 5. §. 9. de pecun. const. (13. 5.). *Ulp.* Si actori municipum, vel tutori pupilli, vel curatori furiosi, vel adolescentis ita constituatur: *municipibus solvi*, vel *pupillo*, vel *furioso*, vel *adolescenti*, utilitatis gratia puto dandam municipibus, vel pupillo, vel furioso, vel adolescenti utilem actionem. — L. 15. 28. §. 1. de pact. (2. 14.).

(m) L. 45. solut. matr. (24. 3.). *Paul.* Caius Seius avus maternus Seiae nepti, quae erat in patris potestate, certam pecuniae quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit, et instrumento dotali huiusmodi pactum et stipulationem complexus est, si inter Lucium Titium maritum et Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Seiae uxori, vel Caio Seio avo materno redderetur restitueretur que. Quaero, quum Seius avus maternus statim vita defunctus sit, et Seia postea sine culpa sua diverterit vivo patre suo, in cuius potestate est, an, et cui actio ex hoc pacto ex stipulatione competat, et utrum heredi avi materni ex stipulatu, an

f) Quando qualcuno dà una cosa altrui in uso, o in custodia, e pattuisce la restituzione pel proprietario, questi avrà una *utilis actio commodati vel depositi* (n).

g) Quando il creditore pignoratario vende la cosa impegnatagli riserbando al debitore il diritto di risolvere il contratto, qualora questi ne avesse dato l'equivalente al compratore, il debitore pignoratizio avrà per questo patto un'*actio in factum* (o).

h) Finalmente se taluno dona una cosa col modo, che il donatario debba dopo qualche tempo restituirla ad un altro, questi avrà perciò una *actio utilis* (p).

È nullo ancora quel contratto nel quale altri promette la prestazione di un terzo, il quale dovrebbe così addivenire debitore; cosicchè nè il terzo, nè il contraente può essere obbligato per un simile contratto (q). Anche questo principio ha le sue eccezioni e specialmente:

1) Il promittente stesso sarà obbligato per un contratto simile, quando la promessa ha questo carattere cioè che egli entra mallevadore del

nepti? Respondi, in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam, quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur; quod quum ita est, heredi stipulatoris, quandoque diverterit mulier, actio competere videtur. Sed dicendum est, Seiae posse dotem solvi, quamvis actio ei directo non competat, ac si sibi, aut illi dari avus stipulatus esset; sed permittendum est nepti ex hac avita conventione, ne commodo dotis defraudetur, utilem actionem habere; favore enim nuptiarum, et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est..— L. 7. C. de pact. conv. (5. 14.).— Confr. L. 9. 23. de pact. dot. (23. 4.). — L. 45. §. 2. de V. O. (45. 1.).

(n) L. 8. C. ad exhib. (3. 42.). *Diocl.* et *Maxim.* Si res tuas commodavit aut deposuit is, cuius in precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur, si quidem ei, qui deposuit, successisti iure hereditario, depositi actione uti non prohiberis. Si vero nec civili nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet, intelligis, nullam te ex huiusmodi pacto contra quem supplicas actionem stricto iure habere; utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.

(o) L. 13. pr. de pign. act. (13. 7.). *Ulp.* Si, quum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emtorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus, et est rescriptum, ob hanc conventionem pignoraticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem; sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emtorem agere. — Confr. L. 7. §. 1. de dist. pign. (20. 5.).

(p) L. 3. C. de don. sub modo (8. 55.). *Diocl.* et *Maxim.* Quoties donatio ita conficitur, ut post tempus id, quod donatum est, alii restituatur, veteris iuris auctoritate rescriptum est, si is, in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impleta ei, qui liberalitatis auctor fuit, vel heredibus eius condictitiae actionis persecutionem competere. Sed quum postea benigna iuris interpretatione divi principes ei, qui stipulatus non sit, utilem actionem iuxta donatoris voluntatem competere admiserint, actio, quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accommodabitur.

(q) §. 3. 21. Inst. de inut. stip. (3. 20.).— Versa vice, qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi poenam ipse promiserit.— L. 38. pr. L. 58. 83. pr. de V. O. (45. 1.).

terzo, e che si obbliga per l' *id quod interest;* oltre a ciò sarà ancora obbligato quando si stabilisce una pena privata (r).

2) Anche il terzo per un simile contratto può essere obbligato, e questo avviene quando colui il quale conchiude il contratto ed obbliga il terzo, si rappresenta come mezzano dell'affare.

Può avvenire che il contratto stabilisca una relazione nel medesimo tempo e tra i contraenti e in rapporto al terzo; allora è mestieri distinguere i seguenti casi:

1) Quando qualcuno si fa promettere qualche cosa per sè e per un terzo, bisogna ancora distinguere se avviene ciò copulativamente o alternativamente. Nel primo caso, ossia quando si fa promettere *mihi et Titio*, il terzo non acquista diritto alcuno; se poi colui che promette sia obbligato per tutto o per metà era controverso presso i giuristi romani (s), ma secondo i passi accettati nelle Pandette bisogna accettare l'ultima opinione (t). Nel secondo caso ossia quando si fa promettere *mihi aut Titio,* il terzo vale come un *solutionis causa adiectus* (§. 329.).

2) Quando il contraente si costituisce debitore in parte ed in parte costituisce debitore un terzo, in rapporto al *constitutum* (§. 326.) si avrà, che se ciò avviene alternativamente, il promittente è obbligato per il tutto, quando comulativamente per la metà; il terzo non è mai obbligato (u).

Infine il terzo potrà da un contratto simile acquistare il diritto, o obbligarsi quando vi è per lui un certo rapporto giuridico. In effetto quando il tutore conchiude un affare in interesse del pupillo, è concessa un'*actio utilis* (w): quando il mandatario conchiude un contratto pel mandante, questi si tiene come il vero contraente (v); così pure in rapporto al-

(r) §. 3. Inst. de inut. stip. (3.20.).—L. 14. §. 2. de pecun. const. (13.5.).—L. 38. §. 2. 4. 13. 24. L. 81. pr. L. 83. pr. L. 112. §. 1. de V. O. (45. 1.). — L. 13. 18. 19. ratam hab. (46. 8.). — Ved. not. preced.

(s) *Gai.* Inst. III. §. 103.

(t) §. 4. Inst. de inut.stip. (3.20.).—L.110. pr.de V.O. (45.1.).*Pompon.* Si mihi et Titio, in cuius potestate non sim, stipuler decem, non tota decem, sed sola quioque mihi debentur, nam enim aliena deducitur, ut, quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem.

(u) Nov. 115. c. 6.

(w) L. 9. pr. de adm. tut. (26. 7.). *Ulp.* Quoties tutor pecuniam pupillarem foenori dat, stipulatio hoc ordine facienda est; stipulari enim debet aut pupillus, aut servus pupilli. Quodsi neque pupillus eius aetatis erit, ut stipulari possit, neque servum habebit, tunc ipse tutor, quive in eius potestate erit; quo casu Iulianus saepissime scripsit, utilem actionem pupillo dandam. Sed et si absens sit pupillus, oportere tutorem suo nomine stipulari, nequaquam ambigendum est. — L. 26. de reb. cred. (12. 1.). — L. 2. quando ex act. tut. (26. 9.).

(v) L. 49. §. 2. de acquir. vel. am. poss. (41. 2.). — L. 72. de procurat. (3. 3.). *Paul.* Per procuratorem non semper acquirimus actiones, sed retinemus, veluti si reum conveniat intra legitimum tempus, vel si prohibeat opus novum fieri, ut interdictum nobis utile sit. Quod vi aut clam; nam et hic pristinum ius nobis conservet.

l'obbligo, quando il figlio obbliga il padre, può esservi questi tenuto con l'*actiones adiectitiae qualitatis* (§. 122.); quando il mandatario in forza del suo mandato si obbliga, per mezzo dell'azione *exercitoria* può essere convenuto il mandante (§. 382.); e quando il tutore contrae una obbligazione in interesse del pupillo, dopo terminata la tutela può essere convenuto il già pupillo per mezzo di un' *actio utilis* (x); finalmente quando un comproprietario promette agli altri socii di non chiedere la divisione, è obbligato per un tale contratto anche il possessore singolare (aa).

2) Effetti mediati del contratto.

a) Obbligo alla cauzione.

§. 345.

aa) Cauzione per difetti occulti.

T. D. de aedilicio edicto et redhibitioni et quanti minoris (21. 1.).— C. de aediliciis actionibus (4. 58.).

I. In tutti i contratti onerosi l'*auctor* è obbligato a garantire l'acquirente tanto pei difetti, quanto per la qualità inerente alla cosa alienata. Per mezzo di un editto dagli Edili Curuli fu determinato, che i venditori di schiavi e di animali sono obbligati ad avvertire i compratori dei vizii occulti e malattie che i medesimi avessero (a). L'obbligazione adun-

(x) L. 4. §. 1. de evict. (21. 2.).—L. 12. §. 1. de adm. et per. tut. (26. 7.).—L. 8. quand. ex fact. tut. (26. 9.). *Scaevol.* Tutor, qui et coheres pupillo erat, quum conveniretur fideicommissi nomine, in solidum ipse cavit; quaesitum est, an in adultum pupillum pro parte danda sit utilis actio? Respondit: danda. — L. 18. §. 2. ut legat. (36. 3.). — L. 3. C. quand. ex fact. tut. (5. 39.). — L. 26. C. de adm. tut. (5. 37.).

(aa) L. 14. §. 3. comm. div. (10. 3.). *Paul.* Si inter socios convenisset, ne intra certum tempus societas divideretur, quin vendere liceat ei, qui tali conventione tenetur, non est dubium; quare emtor quoque communi dividundo agendo eadem exceptione summovebitur, qua auctor eius summoveretur. — L. 16. §. 1. pro socio (17. 2.).

(a) L. 1. §. 1. 6. 8. L. 14. §. 10. L. 10. §. 2. L. 12. §. 1. L. 48. §. 8. h. t. *Ulp.* Aiunt Aediles: *Qui mancipia vendunt, certiores faciant emtores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit, noxave solutus non sit; eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntiando. Quod si mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset; quod eius praestari oportere dicetur, emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emtoris opera, familiae, procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum, adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emtorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capi-*

que per i vizii è l'effetto immediato tanto del contratto, ossia per diritto civile, quanto di una legge speciale degli Edili Curali.

L'editto edilizio si circoscrive semplicemente ai *vitia corporis* ed a pochi *vitia animi* tassativamente determinati (b); questi vizii devono essere occulti, veri e rilevanti (c). Queste determinazioni in rapporto agli schiavi e agli animali furono estese a tutte le cose tanto immobili che mobili e semoventi (d). Si è obbligato ancora secondo l'editto alla qualità dimostrata e promessa dell'oggetto, semprechè la promessa fu fatta *animo obligandi* (e).

In caso che la cosa o l'animale fosse venduto con gli ornamenti, con essi il venditore sarà obbligato a consegnarlo (f).

L'accessorio deve venir consegnato nel medesimo stato buono che la cosa principale (g).

Finalmente per richiesta del compratore il venditore è obbligato a

talem fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntiando; ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus.

(b) L. 1. §. 1. eod. ved. not. prec.

(c) L. 1. §. 9-11. L. 2. 3. 4. pr. §. 1-4. L. 11. 45. L. 65. b. t. *Ulp.* Sed si vitium corporis usque ad animum penetrat, forte si propter febrem loquantur aliena, vel qui per vicos more insanorum deridenda loquantur, in quo sic animi vitium ex corporis vitio accidit, redhiberi posse. Item aleatores et vinarios non contineri Edicto, quosdam respondisse Pomponius ait; quemadmodum nec gulosos, nec impostores, aut mendaces, aut litigiosos. Idem Pomponius ait, quamvis non valde sapientem servum venditor praestare debeat, tamen, si ita fatuum vel morionem vendiderit, ut in eo usus nullus sit, videri vitium. Et videmur hoc iure uti, ut vitii morbique appellatio non videatur pertinere, nisi ad corpora; animi autem vitium ita demum praestabit venditor, si promisit, si minus, non; et ideo nominatim de errone et fugitivo excipitur, hoc enim animi vitium est, non corporis. Unde quidam iumenta pavida et calcitrosa morbosis non esse annumeranda dixerunt, animi enim, non corporis hoc vitium esse.

(d) L. 1. pr. 19. 63. h. t. *Ulp.* Labeo scribit, Edictum Aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum, quae soli sint, quam earum, quae mobiles aut se moventes. — L. 6. §. 4. de act. emt. vend. (19. 1.). — L. 4. C. b. t.

(e) L. 1. §. 1. L. 18. 19. §. 34. h. t. — Ved. not. b.

(f) L. 38. pr. §. 11. 12. L. 37. h. t.

(g) L. 32. 33. h. t. *Ulp.* Proinde Pomponius ait ut, quod in venditione accessurum esse dictum est, tam integrum praestetur, quam illud praestari debuit, quod principaliter veniit; nam iure civili, ut integra sint, quae accessura dictum fuerit, ex emto actio est, veluti si dolia accessura fundo dicta fuerint. Sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum; nam si servus cum peculio venierit, ea mancipia, quae in peculio fuerint, sana esse praestare venditor non debet, quia non dixit, certum corpus accessurum; sed peculium tale praestare oportere; et quemadmodum certam quantitatem peculii praestare non debet, ita nec hoc. Eandem rationem facere Pomponius ait, ut etiamsi hereditas, aut peculium servi venierit, locus Edicto Aedilium non sit circa ea corpora, quae sunt in hereditate, aut in peculio. Idem probat, et si fundus si cum instrumento venierit, et in instrumento mancipia sint; puto hanc sententiam veram, nisi aliud specialiter actum esse proponatur.

prestargli cauzione, che pagherà il doppio di quanto la cosa avrà perduto di valore a causa di un difetto *(duplae stipulatio)* (h).

L'editto edilizio non è applicabile: nelle vendite fatte dal fisco (i) nelle cose di minimo valore (k) se vi fu patto che il venditore non si obbliga per i vizii o per qualcuno di essi (l), purchè non vi sia dolo; finalmente nella vendita di una *universitas* (m).

II. Le azioni nascenti da questi obblighi sono tre: cioè quella dello stesso contratto, e due nascenti dall'editto edilizio, che sono l'*actio quanto minoris*, e la *actio redhibitoria*.

1) L'azione nascente dal diritto civile ossia quella del contratto spetta a chi fu danneggiato per non avere il venditore manifestato i vizii dell' oggetto venduto. Affinchè si potesse usare questa azione è mestieri che il venditore stesso conoscesse i vizii medesimi. Però per mezzo della giurisprudenza romana fu ammessa l' azione medesima anche contro il *venditor ignorans*, ossia furono applicati per questa azione i principii delle azioni nascenti dall'editto edilizio; però quando l'azione del contratto p. e. l'*actio venditi* è prodotta contro il venditore che ignorava i vizii inerenti all'obbietto, non può avere altro effetto se non quello dell'*actio quanto minoris*, ossia sarà diretta sempre alla vera *aestimatio rei* e non per ogni altro danno (n); sicchè l' azione del contratto contra *ignorantem venditorem* può aver luogo solamente per quei vizii i quali sono determinati nell' editto edilizio, ossia, i *vitia corporis*, che se si trattasse di altri vizii, essa non potrebbe esercitarsi che contro il doloso venditore (o). Infine la

(h) L. 31. §. 20. h. t. *Ulp.* Quia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex emto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat; ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire. — L. 16. §. 2. de evict. (21. 2.).

(i) L. 1. §. 3. h. t. *Ulp.* Illud sciendum est, Edictum hoc non pertinere ad venditiones fiscales.

(k) L. 48. §. 8. eod. *Pompon.* Simplariarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est.

(l) L. 31. de pactis. (2. 14.). *Ulp.* Paecisci contra Edictum Aedilium omnimodo licet, sive in ipso negotio venditionis gerendo convenisset, sive postea.

(m) L. 14. §. 9. h. t. *Ulp.* Si venditor nominatim exceperit de aliquo morbo, et de cetero sanum esse dixerit, aut promiserit, standum est eo, quod convenit; remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus, nisi sciens venditor morbum consulto reticuit; tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem.

(n) L. 13. pr. §. 1. de act. emt. vend. (19. 1.): *Ulp.* Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid, aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex emto: ait enim, qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum vendidit si quidem ignorans fecit, id tantum ex emto actione praestiturum, quanto minoris essem emturus, si id ita esse scissem; si vero sciens reticuit; et emtorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emtione emtor traxerit, et praestiturum ei. Sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonee venisse, erit praestandum.—Confr. L. 45. de contr. emt. (18. 1.).

(o) L. 1. §. 9. 10. L. 4. h. t. L. 13. §. 1. de act. emt. vend. (19. 1.).

azione del contratto diretta contro il venditore ignaro de' vizii occulti sarebbe un' *actio emti quanto minoris* e le si applicheranno in tutto le regole di questa azione, anche quanto alla prescrizione; se poi, come originariamente, essa vien diretta contro il venditore in dolo, avrà per effetto l'*id quod interest*.

In alcuni casi per mezzo di questa azione si potrà ottenere anche lo scioglimento del contratto, e specialmente quando l'attore prova che essendovi i vizii, egli è privo d'interesse nel contratto medesimo: ossia che se avesse conosciuto i vizii, o il venditore li avesse fatto palesi, egli non avrebbe comprato quell'oggetto (p).

L'azione del contratto è un'azione perpetua, cioè si prescrive in 30 anni, e ciò anche quando concorre elettivamente con le azioni nascenti dall'editto edilizio; però è generalmente ritenuto che, quando per questa azione si applicano i principii dell' *actio quanto minoris*, ossia per quei casi nei quali essa non è data che per analogia dell' editto medesimo, la prescrizione si modifica secondo quella nascente dell'editto; così, esercitata contra *venditorem ignorantem*, essa è prescritta in un anno, e esercitata per la *duplae stipulatio* è prescritta dopo sei mesi (q).

2) L'*actio quanto minoris, o actio aestimatoria* nasce dall'editto edilizio, e spetta contro del venditore a colui che scoprì i vizii *(corporis)* occulti. Essa ha l'effetto che l'attore obbliga il reo convenuto a restituirgli tanto del prezzo acquistato, quanto la cosa diminuì di valore a cagione del difetto, sicchè la condanna va in questo caso alla vera *aestimatio rei* (r). Anche in questa azione vi può essere la conseguenza della risoluzione del contratto, in effetti il giudice può condannare la parte a riceversi la cosa, quando essa pel difetto è assolutamente priva di valore, e affatto inutile (s).

(p) L. 11. §. 3. de act. emt. vend. (19. 1.). *Ulp.* Redhibitionem quoque contineri emti in iudicio, et Labeo et Sabinus putant, et nos probamus.

(q) Ved. *Vangerow*, §. 609. n. VIII.

(r) L. 18. pr. *Gai.* Si quid venditor de mancipio affirmaverit, idque non ita esse emtor et queratur, aut redhibitorio, aut aestimatorio, id est quanto minoris iudicio agere potest; verbi gratia si constantem, aut laboriosum, aut curracem, vigilacem esse, aut ex frugalitate sua peculium acquirentem affirmaverit, et is ex diverso levis, protervus, desidiosus, somniculosus, piger, tardus, comesor inveniatur; haec omnia videntur eo pertinere, ne id, quod affirmaverit venditor, amare ab eo exigatur, sed cum quodam temperamento, ut, si forte constantem esse affirmaverit, non exacta gravitas et constantia, quasi a philosopho desideretur, et si laboriosum et vigilacem affirmaverit esse, non continuus labor per dies noctesque ab eo exigatur; sed haec omnia ex bono et aequo modice desiderentur. Idem et in ceteris, quae venditor affirmaverit, intelligemus.

(s) L. 43. §. 6. h. t. *Paul.* Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit, licet aestimatoria, id est quanto minoris, agamus; nam si adeo nullius sit pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium domino habere, veluti si furiosum, aut lunaticum sit, licet aestimatoria actum

Quest' azione è temporanea e si estingue in un anno utile, cioè essa comincia a decorrere dalla conchiusione del contratto, ovvero, se vi fu promessa, da quello della promessa; ma qualora il difetto si fosse scoverto più tardi, purchè non vi sia negligenza, l'azione decorrerà dal momento che il difetto fu scoverto (t). Nel caso che si pretende di restituire gli animali perchè non furono consegnati con gli ornamenti, l'azione si prescrive in 60 giorni (u); finalmente diretta per la *duplae stipulatio*, per l'*id quod interest* si prescrive in sei mesi (w).

3) L'*actio redhibitoria* è quell'azione per mezzo della quale il compratore domanda lo scioglimento del contratto; il venditore per conseguenza è obbligato a restituire il prezzo con tutti gl'interessi e ciò che fu dato a causa della compera, più le spese necessarie ed utili fatte per l'oggetto, eccetto il cibo somministrato, e finalmente è obbligato a liberare il compratore da tutte le obbligazioni contratte per occasione della compera (v). Se il venditore si renda contumace per tutti questi obblighi, sarà tenuto non solo all'*id quod interest*, ma anche al doppio della cosa (x).

Dall'altra parte il compratore è obbligato a restituire la cosa con tutti i frutti percetti e *percipiendi*, non che tutte le accessioni, liberarla dai pesi da lui imposti, risarcire i danni commessi da lui, dai tutori o procuratori (y).

fuerit, officio tamen iudicis continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur.— L. 25. §. 1. de exc. rei iud. (44. 2.).

(t) L. 19. §. ult. L. 38. pr. L. 48. §. 2. L. 55. h. t. *Ulp.* Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet; si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris agitur, annus utilis est; sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit, aut si dictum promissumve quid est, ex eo, ex quo dictum promissumve quid est.

(u) L. 38. pr. h. t. *Ulp.* Aediles aiunt: *Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit; utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis, iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris, cum venirent, fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint, et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur.*

(w) L. 28. h. t. *Gai.* Si venditor de his, quae Edicto Aedilium continentur, non caveat, polliicentur adversus eum (ad) rehibendum iudicium intra duos menses, vel quanti emtoris intersit, intra sex menses.

(v) L. 27. 29. §. 1. 2. 3. L. 30. §. 1. eod. *Paul.* Quas impensas necessario in curandum servum post litem contestatam emtor fecerint, imputabit; praecedentes impensas nominatim comprehendendas, Pedius; sed cibaria servo data non esse imputanda, Aristo ait, nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio eius fuit.

(x) L. 45. eod. *Gai.* Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem, modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor. Nam si neque pretium, neque accessionem solvat, neque eum, qui eo nomine obligatus erit, liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur, si vero reddat pretium et accessionem, vel eum, qui eo nomine obligatus est, liberet, simpli videtur condemnari.

(y) L. 1. §. 1. L. 21. §. 1. L. 23. §. 1. 7. 9. L. 24. L. 25. pr. §. 1-7. L. 31. §. 2. 11-15.

Se furono alienate più cose e si trovano difetti semplicemente in una sola, non potrà il compratore separare la cosa viziata dalla cosa buona (z).

Se vi sono molti compratori tutti insieme possono esercitare contro il venditore l'*actio redhibitoria;* se vi sono molti venditori l'attore potrà contro alcuni esercitare l'azione *redhibitoria*, e contro gli altri la *actio quanto minoris* (aa).

L'azione *redhibitoria* si prescrive in sei mesi utili, e per la *duplae stipulatio* in 60 giorni (bb).

4) L'azione del contratto concorre elettivamente con le azioni dell'editto edilizio; le azioni dell'editto concorrono successivamente, cioè prodotta l'*actio quanto minoris*, la quale può essere diretta per qualunque successivo vizio scoperto, si potrà dopo produrre l'*actio redhibitoria;* ma chi è vincitore in quest'ultima azione, non potrà più certamente valersi della prima (cc).

§. 346.

bb) Cauzione a causa di evizione.

T. D. de evictionibus et duplae stipulatione (21. 2.).— C. de evictionibus (8.45.).— *Miller*, teoria e diritto della evizione, Hall. 1851.

Se qualcuno acquista un oggetto, il quale per un motivo già esistente nell'atto dell'acquisto vien rivendicato da un terzo, sicchè l'acquirente è costretto giudiziariamente alla restituzione, si ha il caso dell'evizione

19. L. 43. §. 8. h. t. *Ulp.* Iubens Aediles restitui et quod venditioni accessit, et si quas accessiones ipse praestiterit, ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset.

(z) L. 34. 35. 38. pr. §. 2. 14. L. 39. 40. h. t. *African.* Interdum etsi in singula capita pretium constitutum sit, tamen una emtio est, ut propter unius vitium omnes redhiberi possint, vel debeant, scilicet quum manifestum erit, non nisi omnes quem emturum vel venditurum fuisse, ut plerumque circa comoedos, vel quadrigas, vel mulas pares accidere solet, ut neutri non nisi omnes habere expediat.

(aa) L. 31. §. 5-7. §. 10. h. t. *Ulp.* Si venditori plures heredes extiterint, singulis pro portione hereditaria poterit servus redhiberi; et si servus plurium venierit, idem erit dicendum. Nam si unus a pluribus, vel plures ab uno, vel plura mancipia ab uno emantur, verius est dicere, si quasi plures rei fuerunt venditores, singulis in solidum redhibendum; si tamen partes emtae sint a singulis, recte dicetur, alteri quidem posse redhiberi, cum altero autem agi quanto minoris. Item si plures singuli partes ab uno emant, tunc pro parte quisque eorum experietur; sed si in solidum emant, unusquisque in solidum redhibebit.

(bb) L. 19. §. ult. 28. 38. pr. 48. §. 2. h. t. — Ved. not. (h).

(cc) L. 31. §. 16. L. 48. §. 7. h. t. *Ulp.* Si quis egerit quanto minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum, quanti fieri condemnatio debeat? Et quidem saepius agi posse quanto minoris, dubium non est; sed ait Iulianus, id agendum esse, ne lucrum emtor faciat, et his eiusdem rei aestimationem consequatur.

(evicta res); per la qual cosa nasce da questo fatto una relazione giuridica tra il compratore e il venditore, per cui quegli chiede dall'altro il risarcimento del danno ricevuto a causa della evizione, ed il venditore per conseguenza è obbligato a *praestare evictionem.*

L'obbligo di prestare cauzione nasce o da un contratto speciale per mezzo del quale taluno si obbliga al doppio del prezzo a causa di evizione *(duplae stipulatio)*, ovvero dalla natura stessa del contratto.

I. In caso che vi è una stipulazione per il doppio, ossia un contratto speciale, il tenore del contratto medesimo decide dell'estensione dell'obbligo (a). Nondimeno:

1) Evitta tutta intera la cosa, l'*auctor* è obbligato a prestare tutta la somma stipulata, quantunque dalla tradizione fino al momento della evizione l'oggetto avesse acquistato più o meno in valore (b); imperocchè nel contratto speciale il tradente venditore si è sempre obbligato per tutta la somma della stipulazione, quando il fondo sarebbe stato evitto.

2) Evitta per converso una parte ideale del medesimo fondo, bisogna distinguere tre casi differenti, cioè se l'oggetto fosse addivenuto di minor valore prima della evizione, se addivenne di maggiore, e finalmente se da una parte addivenne di maggiore dall'altra di minor valore.

a) Nel primo caso il venditore sarà obbligato solamente per la somma della stipulazione corrispondente alla parte evitta; così p. e. in caso che un fondo di mille iugeri appartenesse per quattro quinti al tradente ed un quinto ad un altro *pro indiviso*, in caso che fosse evitto questo, il venditore non sarà tenuto che per la somma della stipulazione corrispondente al quinto del fondo; dato poi il caso che un altro quinto fosse perito per caso fortuito, come nel caso d'inondazione, il venditore corrisponderà sempre per la quinta parte e non per la quarta, *quia damnum emtori non venditori attulit;* il che vuol dire che il quinto in questo caso evitto corrisponde non più a 200 iugeri, ma a 160, e per questo deve il creditore prestare evizione (c).

b) Quando l'oggetto è cresciuto di valore come per accessione, il venditore, evitto il quinto, è tenuto pel quinto del valore esistente alla stipulazione; ossia dato che il fondo si accrescesse per alluvione di 200 iugeri,

(a) L. 56. §. 2. h. t.

(b) L. 64. h. t. — Ved. not. segu.

(c) L. 64. pr. cit. *Papin.* Ex mille ingeribus traditis ducenta flumen abstulit; si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta praestabitur, nam quod periit, damnum emtori, non venditori attulit. Si totus fundus, quem flumen demiuuerat, evictus sit, iure non demiunetur evictionis obligatio, non magis, quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit; nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.

sicchè addivenga di 1200, evitto il quinto, il venditore non è obbligato se non per la somma della stipulazione corrispondente a 200 iugeri, quanto era il quinto al momento della stipulazione, *quia alluvionis periculum non praestat venditor* (d).

c) Finalmente quando il fondo da una parte si è diminuito, dall'altra parte si è accresciuto, come nel caso di perdita di 200 iugeri per innondazione, e di acquisto di 200 per alluvione, la decisione corrisponde alle due combinate dei casi precedenti. E di vero si è osservato che in caso di diminuzione del fondo si diminuisce l'obbietto dell'obbligazione, in caso di aumento non si accresce l'obbietto dell'obbligo medesimo, come se aumento non vi fosse; così in questo caso si terrà conto della diminuzione di 200 iugeri e non dell'aumento, come se il fondo fosse di 800 iugeri, e però evitto il quinto, l'obbietto della prestazione sarà la somma della stipulazione in doppio corrispondente a 160 iugeri (e).

3) In caso che venisse evitta una parte reale dell' oggetto, il venditore sarà obbligato non alla somma della stipulazione in relazione con la parte materiale, ma al valore di questa; e specialmente secondo la qualità al tempo della vendita, e non al tempo della evizione (f); questo principio soffre eccezione, quando il prezzo di quella determinata parte evitta fu antecedentemente stabilito (g).

II. Nasce l'obbligo all'evizione direttamente per la natura stessa dell' atto giuridico:

1) nel contratto di compravendita (h); se si tratta di una massa, bisogna distinguere, se viene evitta una cosa che propriamente ed in sè considerata non fu l'obbietto della vendita, in questo sol caso non vi sarà obbligo all' evizione, come quando in una compra di eredità vie-

(d) L. 64. §. 1. cit. *Papin.* Quodsi modo terrae integro, qui fuerat traditus, ducenta iugera per alluvionem accesserunt, ae postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta praestabitur, ac si sola ducenta de illis mille iugeribus, quae tradita sunt, fuissent evicta, quia alluvionis periculum non praestat venditor.

(e) L. 64. §. 2. cit. *Papin.* Quaesitum est, si mille iugeribus traditis periissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, ae postea pro indiviso quinta pars evicta esset, pro qua parte auctor teneretur? Dixi, consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille iugerum, neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ae si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta; nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decesserunt, pro rata novae regionis esse intelligi.

(f) L. 64. §. 3. cit. *Papin.* Ceterum quum pro diviso pars aliqua fundi evincitur, tametsi certus numerus iugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis praestatur evictio. — Confr. L. 1. 13. 14. 15. h. t.

(g) L. 53. pr. h. t. *Paul.* Si fundo tradito pars evincatur, si singula iugera venierit certo pretio, tunc non pro bonitate, sed quanti singula venierint, quae evicta fuerint, praestandum, etiamsi ea, quae meliora fuerunt, evicta sint.

(h) L. 66. pr. de contr. emt. (18. 1.). — L. 6. C. h. t.

ne evitta una cosa particolare, senza pregiudizio dei patti contrarii (i).

2) nella permuta e nei contratti innominati per cui si trasferisce una cosa altrui (k);

3) nel contratto di pegno (l);

4) nella enfiteusi (m);

5) nella *datio in solutum* (§. 330.) (n);

6) nel contratto di locazione (o);

7) nella divisione di una eredità o di una cosa in comune (§.273) (p);

8) nella transazione, salvo se fu evitto l'oggetto litigioso che fu per transazione ritenuto, poichè allora quest'obbligo non ha luogo (q);

9) l'obbligo all'evizione nasce ancora dalla costituzione della dote;

10) per regola generale nella donazione, come atto gratuito, non vi è obbligo ad evizione, ma bisogna distinguere se ciò che fu dato, fu una specie ovvero un genere; in caso che venisse evitta la specie, il donatore non ha obbligo alcuno; in caso che fosse evitta una cosa del genere, neppure in questo vi è veramente obbligo, ossia di sostituire un altro oggetto del medesimo genere, e l'*id quod interest*, sibbene ha solamente il primo di questi due, e tutto ciò corrisponde al carattere della *obligatio generis* (r).

(i) L. 5. h. t. *Paul.* Servi venditor peculium accessurum dixit; si vicarius evictus sit, nihil praestiturum venditorem Labeo ait, quia, sive non fuit in peculio, non accesserit, sive fuerit, iniuriam a iudice emtor passus est; aliter atque si nominatim servum accedere dixisset, tunc enim praestare deberet in peculio eum esse. — L. 1. C. h. t.

(k) L. 1. §. 1. de rer. perm. (19. 4.). — L. 29. C. h. t. *Diocl.* et *Maxim.* Si permutationis gratia praedia curatoribus quondam fratris tui mater tua dedit, his, quae in eorum vicem accepit, posteaquam ad defensionem fuerit denuntiatum, vel quum eorum non haberet facultatem, evictis, quanti interest, eos conveniri posse, rationis est. — L. 5. §. 2. de praescr. verb. (19. 5.).

(l) L. 9. pr. L. 16. §. 1. L. 36. pr. §. 1. de pign. act. (13. 7.).

(m) L. 38. §. 3. de V. O. (45. 1.).

(n) L. 24. pr. de pign. act. (13. 7.). — L. 46. pr. §. 1. L. 98. pr. de solut. (46. 3.). — L. 8. C. h. t.

(o) L. 8. 9. 35. h. t.

(p) L. 10. §. 2. comm. div. (10. 3.).

(q) L. 33. C.de trans. (2.4.).*Diocl.* et *Maxim.*Si profundo, quem petebas, praedium certis finibus liberum dari transactionis causa placuit, nec eo tempore minor annis viginti quinque fuisti, licet hoc praedium obligatum post vel alienum pro parte fuerit probatum, instaurari decisam litem prohibent iura. Ex stipulatione sane, si placita servari secuta est, vel, si non intercesserit, praescriptis verbis actione civili subdita apud rectorem provinciae agere potes. Si tamen res ipsas apud te constitutas, ob quarum quaestionem litis intercessit decisio, fiscus vel alius a te vindicavit, nihil petere potes.

(r) L. 38. §. 3. L.72. §. 5. 6.de solut. (46. 3.).—L. 46. de legat.—confr. con la L. 45. §.1. 2. eod. *Pomp.* Heres generaliter dare damnatus sanum eum esse promittere non debet sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit, quia ita dare debet, ut eum habere liceat, sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet. Sed ob id, quod furtum fecit servus, aut noxam

III. Affinchè fosse legalmente fondato l' obbligo per la evizione conviene:

1) Che in realtà fosse evitto l'obbietto del contratto in tutto o in parte secondo si è veduto: se all' incontro si trattasse di una evizione solamente minacciata o tentata, l' autore non potrà esservi obbligato, tranne quando siavi dolo da parte sua (s).

2) La cosa non dev'essere evitta altrimenti se non per mezzo dell'autorità giudiziaria; e però quando essa vien tolta al compratore per tutt'altro modo, ossia se egli è scacciato dal possesso con violenza, mediante una disposizione della pubblica autorità, o per mezzo di una sentenza ingiusta, ovvero infine se il convenuto restò succumbente in una sentenza di arbitro in forza di un compromesso, l'autore non sarà tenuto per l'evizione (t).

3) La causa della evizione dev'essere stata esistente già al tempo della vendita; per la qual cosa se l'oggetto si deteriorò o perì perfettamente dopo della compera avvenuta, non vi può essere l'obbligo medesimo (u).

d) Finalmente fa mestieri che l'evizione si compia senza colpa di colui, che fu convenuto nel giudizio, e propriamente conviene che appena il possessore dell'oggetto è citato si accinga a difendere con ogni sua forza la propria cosa, e nel medesimo tempo faccia noto al venditore o ai suoi eredi della causa di evizione *(litem denuntiare)* nel tempo legale, ossia quando vi è tempo ancora alla difesa (w). La omissione della denunzia non porta per sè pregiudizio, quando questa non s'avvera per contin-

nocuit, evenit, quominus eum habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non liceat. Si vero certus homo legatus est, talis dari debet, qualis est. —L. 46. Quae de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum vel hominem dari promiserit.

(s) L. 3. 9. C. h. t. L. 30. §. 1. de act. emt. (19. 1.). *African.* Si sciens alienam rem nos ignoranti mihi vendideris, etiam, priusquam evincatur, utiliter me ex emto acturum putavit in id, quanti mea intersit, meam esse factam; quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emtori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit. Idem est maxime, si manumissuro vel pignori daturo vendiderit.

(t) L. 11. 51. 56. §. 1. h. t. *Paul.* Si compromisero, et contra me data fuerit sententia, nulla mihi actio de evictione danda est adversus venditorem; nulla enim necessitate cogente id fecit. — L. 17. C. de act. emt. (4. 49.).

(u) L. 21. pr. §. 1. h. t. *Ulp.* Si servus venditus decesserit, antequam evincatur, stipulatio non committitur, quia nemo eum evincat, sed factum humanae sortis; de dolo tamen poterit agi, si dolus intercesserit. Inde Iulianus libro quadragesimo tertio eleganter definit, duplae stipulationem tunc committi, quoties res ita amittitur, ut eam emtori habere non liceat propter ipsam evictionem.

(w) L. 53. §. 1. L. 55. pr. §. 1. L. 56. §. 5. 6. L. 62. §. 1. L. 63. §. 2. 66. pr. h. t. *Paul.* Si quum possit emtor auctori denuntiare non denuntiasset, idemque victus fuisset, quoniam parum instructus esset, hoc ipso videtur dolo fecisse, et ex stipulatu agere non potest. L. 8. 9 23. C. h. t. — Confr. L. 29. §. 1. L. 5. §. 3. eod. L. 8. C. h. t.

genze straordinarie o indipendenti dalla volontà dell'*auctor*, ovvero quando vi fu un contratto per mezzo del quale si rimise l'obbligo di denunziare la lite (v).

IV. È obbietto dell'obbligo per causa di evizione il rimborso del prezzo vero della cosa evitta, cioè il vero valore della cosa al tempo della evizione; ma se il prezzo della cosa è maggiore, l'obbligo non può sorpassare mai il doppio del prezzo dato al tempo dello acquisto (x); in secondo luogo l'*id quod interest* (y), ed in terzo luogo tutte le spese fatte per l'obbietto medesimo non che quelle sostenute nel giudizio (z). Tutto ciò si può ripetere tanto se l'autore avesse, quanto se non avesse conosciuto di trasferire una cosa altrui.

In caso che quest'obbligo nasca da speciale contratto, nel qual caso i Romani si facevano promettere il doppio del prezzo sborsato *(duplae stipulatio*, obbligo ristretto prima agli animali dall'editto edilizio, poi esteso alle altre cose) si adopererà l'*actio ex stipulatu*, ovvero altrimenti la medesima azione del contratto (aa). Quando più sono tenuti di evizione, tutti saranno obbligati *pro rata* (bb).

Non vi sarà obbligo per evizione:

1) se vi fu un contratto aggiunto *de non praestanda evictione*, eccetto quando l'*auctor* era in dolo (cc);

2) se l'acquirente sapeva di acquistare una cosa altrui o soggetta all'altrui dritto (dd).

(v) L. 55. §. 1. L. 56. §. 5. 6. L. 63. pr. h. t. *Modest.* Herennius Modestinus respoudit, non obesse ex emto agenti, quod denuutiatio pro ovictione interposita non esset, si pacto ei remissa esset denuntiandi necessitas.

(x) L. 66. §. 3. L. 70. h. t. *Papin.* Divisiono inter coheredes facta si procurator absentis interfuit, et dominus ratam habuit, evictis praodiis in dominum actio dahitur, quae daretur in eum, qui negotium absentis gessit, ut, quanti sua interest, actor consequatur, scilicot ut melioris aut deterioris agri facti causa finem pretii, quo fuerat tempore divisionis aestimatus, dominuat vel excedat. — L. 45. pr. de act. emt. (19. 1.).—L. 43. 44. do aed. edict. (21. 1.).

(y) L. 8. h. t. *Iulian.* Venditor hominis emtori praestare debet, quanti eius interest hominem venditoris fuisse; quare sive partus ancillae, sive horeditas, quam servus iussu emtoris adierit, evicta fuerit, agi ex emto potest, et sicut obligatus est venditor, ut praestet, licere habere hominem, quem vendidit, ita ea quoque, quae per eum acquiri potuerunt, praestare debet emtori, ut habeat.

(z) L. 45. §. 1. de aed. ed. (21. 1.). — L. 9. 10. L. 17. C. h. t.

(aa) L. 2. 37. 56. h. t. L. 31. §. 20. de aed. edict. (21.1.).—L. 5. pr. inf. do V. O. (45. 1.).

(bb) L. 39. §. 2. h. t. L. 2. C. h. t. *Sever.* et *Anton.* Quoniam avus tuus, quum praedia tibi donaret, do evictione eorum cavit, potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis ex consistere oh evictionem praediorum, pro portiono scilicet hereditaris. Nudo autem pacto interveniente, minimo donatorem hac actione teneri certum est.

(cc) L. 10. de hered. vol. act. vend. (18. 4.). — L. 11. §. 18. de aed. edict. (21. 1.). — L. 6. §. ult. L. 11. §. 15. 16. 18. inf. de act. emt. vend. (19. 1.). *Pomp.* Si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset, ot adiectum sit, nevo eo nomine quid praestarot, aestimari et oportet dolum malum eius, quom semper abesse oportet in iudicio emti, quod bonae fidei sit.

(dd) L. 27. C. h. t. *Diocl.* et *Maxim.* Si fundum sciens vel alienum vel obligatum compa-

C. Modi di assicurare i contratti.

§. 347.

1) Del giuramento e dell'arra.

Zumbach, de arrha contrahentium, Ien. 1828.

I. Si può assicurare il contratto per mezzo del giuramento, però questo non dà che una forza morale al contratto medesimo, così che anche col giuramento il contratto resta della virtù giuridica che gli è propria (a): sol che il giuramento prestato da un minore in un contratto, esclude in favore suo la restituzione *in integrum* (b).

II. Per arra s'intende tutto quello che si dà da un contraente all'altro per ordinario in danaro per un contratto conchiuso o da conchiudersi (c). In generale l'arra si rappresenta come segno di un contratto già conchiuso *(arrha confirmatoria)* e significa pruova del contratto conchiuso (d). In questo caso l'arra non è data per arricchire l'altro contraente; e però quando il contratto già conchiuso è adempito, vien restituita l'arra, ovvero il compratore la imputa nel prezzo stabilito; se l'arra fu data dal venditore questi lo potrà ripetere. Lo stesso si dica se il contratto è sciolto per mutuo dissenso (e). In un contratto di compra può essere convenuto che il prezzo determinato sia sborsato in un tempo stabilito; in caso contrario il venditore si può sciogliere dal contratto *(lex commissoria)*. Se in

ravit Athenocles, nec quidquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra iuris poscit rationem. Nam si ignorans, desiderio tuo iuris forma negantis hoc reddi refragatur. — L. 7. C. com. utr. iud. (3. 33.).

(a) L. 7. §. 16. de pactis (2. 14.). — L. 5. §. 1. C. de legib. (1. 14.). — Nov. 51. praef. Nov. 82. c. 11. — Ved. vol. 1. §. 93. annot.

(b) L. 1. C. si adv. vend. (2. 28.).

(c) L. 11. §. 6. de act. emt. (19. 1.). *Ulp.* Is, qui vina emit, arrhae nomine certam summam dedit; postea convenerat ut emtio irrita fieret; Iulianus ex emto agi posse ait, ut arrha restituatur, utilemque esse actionem ex emto etiam ad distrahendam, inquit, emtionem. Ego illud quaero, si anuulus datus sit errhae nomine, et secuta emtione pretioque numerato, et tradita re, annulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit, et causa finita sit, an vero ex emto agendum sit? Et Iulianus diceret, ex emto agi posse; certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est annulus. — L. 5. §. 15. de inst. act. (14. 3.).

(d) Pr. Inst. de emt. (3. 23.). — L. 35. pr. de contr. emt. (18. 1.). *Gai.* Quod saepe arrhae nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit, convenisse de pretio.

(e) L. 11. §. 6. de act. emt. (19. 1.). — Ved. not. (a). — L. 8. de leg. commis. (18. 3.).

un simile contratto fu data un'arra dal compratore, il venditore, che non ha ricevuto in tempo il pagamento, può ritenerla (f).

Quando l' arra è stata data per un contratto da conchiudersi *(arrha imperfecto pacto data)*, si avrà che colui il quale senza una causa legittima ricusa di conchiuderlo deve perdere l'arra, se la diede; che se la ricevette deve restituire non solo l'arra ma un altro tanto (g).

Lo stesso si dica quando antecedentemente si è convenuto, che era nell'arbitrio dei contraenti di recedere dal contratto di vendita prendendo la caparra data o il doppio ricevuto *(arrha poenitentialis)*; anzi secondo Giustiniano era libero ognuno di recedere dal contratto perdendo l'arra, anche senza essersi nulla di ciò convenuto; di guisa che l' arra ricevette un altro carattere e fu quello di esser segno di un contratto da cui può recedersi (h).

§. 348.

Della pena convenzionale.

Si ha la pena convenzionale quando il debitore promette qualche cosa in caso ch'egli in nessun modo adempie o non adempie nel modo debito la sua obbligazione. Una simile promessa ha il carattere di una seconda obbligazione la quale assicura la precedente, e nel medesimo tempo è condizionale in sè stessa.

Una pena convenzionale può essere aggiunta non solo ad ogni valida obbligazione sia civile o naturale, ma ancora a quella che per sè stessa è nulla, come quando qualcuno obbliga un terzo (a). La quantità che dee

(f) L. 6. pr. L. 8. de leg. comm. (18. 3.). *Scaev.* De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emtorem factum sit, quominus lege pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore, et id, quod arrhae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.

(g) Pr. Inst. de emt. (3. 23.). — L. 17. C. de fid. instr. (4. 21.). *Iustinian.* Illud etiam adiicientes, ut et in posterum, si quae arrhae super facienda emtione cuiuscunque rei datae sunt sive in scriptis sive sine scriptis, licet non sit specialiter adiectum, quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in duplum eas reddere cogatur, et qui emere pactus est, ab emtione recedens, datis a se arrhis cadat, repetitione earum denegauda.

(h) Ved. Pr. Inst. in fin. de emt. (3. 23.). — Donec enim aliquid ex his deest, et poenitentiae locus est, et potest emtor vel venditor sine poena recedere ab emtione. Ita tamen impune iis recedere concedimus, nisi iam arrharum nomine aliquid fuerit datum; hoc etenim subsecuto, sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est, is, qui recusat adimplere contractum, si quidem est emtor, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum est. — Ved *Savigny*. Obbl. II. pag. 270.

(a) §. 19. 21. Inst. de inut. stip. (3.20.).—L. 38. §. 1. 2. 17. de V. O. (45.1.). *Ulp.* Sed si quis promittat, per alium non fieri praeter heredem suum, dicendum est, inutiliter eum promittere factum alienum. At si quis velit factum alienum promittere, poenam, vel quanti ea res sit, po-

formar l'obbietto della pena convenzionale è messa perfettamente all'arbitrio delle parti, però è indipendente dal contenuto della obbligazione principale, che per essa si vuole assicurare; ossia può essere il doppio, il triplo ecc. (b). L'unica limitazione a questo arbitrio di fissare il *quantum* della pena convenzionale è, che conchiusa per l'obbligo a prestare cose fungibili, essa non deve nascondere una usura (c).

Quando la pena convenzionale sta per una promessa omissione, sarà dovuta appena avviene il fatto contrario; se all'opposto essa sta a garantia di un fatto da compiersi, allora si deve distinguere se fu dato o no un termine nel quale l'azione deve avvenire. Nel primo caso la pena è dovuta appena decorre il termine (d), senza badare se il debitore è o no in colpa (e). Se poi la pena convenzionale fu conchiusa a scopo di condurre il giudizio presso i pubblici giudici, o presso gli arbitri, in caso che il fatto manchi senza colpa del debitore, gli sarà concessa contro la richiesta della pena privata un'*exceptio* (f). Qualora il fatto non venisse compiuto per colpa del creditore, convenuto il debitore per la pena convenzionale, potrà opporre sempre un'*exceptio doli* (g). Decorso il tempo stabilito per la prima obbligazione senza che il fatto fosse avvenuto, allora solamente il debitore non sarà obbligato per la pena privata, quando il creditore ha già accettato il pagamento (h). Nel caso poi che per l'adempi-

test promittere. Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes eius, heredumve successores. — Confr. L. 64. 123. 134. de V. O. (45. 1.). — L. 2. C. de inut. stip. (8. 39.).

(b) L. 56. pr. de evict. (21. 2.). *Paul.* Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum, aut quadruplum promitteretur, ex emto perpetua actione agi poterit; non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisdare debet, qui duplam promittit, sed sufficit nuda repromissio, nisi aliud convenerit. — Conf. L. 32. pr. de recept. (4. 8.). — L. 38. §. 17. de V. O. (45. 1.).

(c) L. 13. §. 26. de act. emt. vend. (19. 1.). *Ulp.* Ibidem Papinianus respondisse se refert, si convenerit, ut ad diem pretio non soluto venditori duplum praestaretur, in fraudem Constitutionum videri adiectum, quod usuram legitimam excedit, diversamque causam commissoriae esse ait, quum ea specie, inquit, non foenus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbata dicatur. — L. 9. pr. 44. de usur. (22. 1.). — L. 5. C. eod. (4. 32.).

(d) L. 23. de O. et A. (44. 7.). — L. 12. C. de contr. stip. (8. 38.).

(e) L. 77. de V. O. (45. 1.). — L. 9. de naut. foen. (22. 2.).

(f) L. 2. §. 1. ss. L. 4. pr. §. 1. ss. si quis caut. (2. 11.). *Ulp.* Illud sciendum est, eum, qui idcirco non stetit, quia capitis reus factus est, in ea causa esse, ut exceptione uti non possit; damnato enim datur. Plane si vinculis, vel custodia militari impeditus ideo non stetit, in ea erit causa, ut exceptione utatur. — L. 21. §. 9. de recept. (4. 8.).

(g) L. 1. §. 3. de eo per quem. (2. 10.). *Ulp.* Si reus dolo actoris non steterit, non habebit reus adversus eum actionem ex hoc Edicto, quum contentus esse possit exceptione, si ex stipulatu conveniatur de poena, quod ad iudicium non venerit; aliter atque si ab alio sit impeditus, nam actionem propositam adversus eum exercebit. — L. 23. §. 3. L. 40. de recept. (4. 8.). — L. 9. §. 1. de usur. (22. 1.). — L. 8. de naut. foen. (22. 2.). — L. 122. §. 2. de V. O. (45. 1.).

(h) L. 23. pr. de recept. (4. 8.). *Ulp.* Celsus ait, si arbiter intra Kalendas Septembres dari

mento della obbligazione principale non fosse stabilito un termine, la pena sarà dovuta sol quando la obbligazione, quantunque lo poteva essere, non fu adempiuta (i).

Quando agli effetti fa d'uopo distinguere due casi:

1) Quando nel proposito de' contraenti sta che la stipulazione penale non è propriamente una obbligazione accessoria, ma bensì una affatto indipendente, la quale sta in relazione con l'altra solamente in quanto il non adempimento della prima è condizione per la esistenza della stipulazione penale (p. e. *Panphilum dare spondes, si non dederis centum dare spondes?*), seguita questa condizione, si possono far valere entrambe le obbligazioni (k). Dall'altra parte per aversi un simile risultato conviene dimostrarne forti motivi della volontà de'contraenti; in caso contrario fa mestieri considerare la stipulazione sotto un diverso aspetto. Imperocchè generalmente, quando avviene una simile stipulazione, l'obbligo contratto puramente: *Panphilum dare spondes?* è *in obligatione*, se poi il debitore non paga a tempo debito, la prima obbligazione si estingue, ed in suo luogo sorge la seconda, sicchè succede una novazione. Ammessa una simile relazione delle due obbligazioni è chiaro che il creditore non potrà far valere la prima per via di azione, la ragione è che dal momento che muove l'azione è avvenuta già la condizione della seconda obbligazione *si non dederis;* per la qual cosa i giureconsulti romani accettarono il principio, che la prima obbligazione è in *solutione*, la seconda o *in petitione* o *in obligatione*.

Da tutto ciò si avrà il risultato che il creditore può far valere per via di azione solamente la seconda obbligazione; ma si concedeva nel mede-

iusserit, nec datum erit, licet postea offeratur, attamen semel commissam poenam compromissi non evanescere, quoniam semper vernm est, intra Kalendas datnm non esse. Sin autem oblatnm accepit, poenam petere non potest, doli exceptione removendus; contra, ubi duntaxat dare iussus est. — L. 23. de O. et A. (44. 7.).

(i) L. 115. §. 2. de V. O. (45. 1.).

(k) Ved. L. 115. §. 2. cit. *Papinian.* Item si quis ita stipuletur: *Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?* Pegasns respondit, non ante committi stipnlationem, quam desiisset posse Pamphilns dari. Sabinus autem existimabat, ex sententia contrahentinm, postquam homo potnit dari, confestim agendum; et tamdin ex stipulatione non posse agi, quamdin per promissorem non stetit, qnominns hominem daret; idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potnisset pennm, nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit; idque ntilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem, et ipsius rei natnram. Itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a conditione coepit, veluti: *Si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?* sed ita concepta sit stipnlatio: *Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?* qnod sine dubio verum erit, qnum id actnm probatnr, nt, si homo datus non fnerit, et homo, et pecunia debeatnr. Sed et si ita cautum sit, nt sola pecnnia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, qnoniam fuisse voluntas probatur, nt homo solvatur, aut pecunia petatnr.

simo tempo al debitore la facoltà di soddisfare il creditore della prima obbligazione fino alla contestazione della lite, e così liberarsi dalla pena convenzionale (l).

2) Differente dal precedente è il caso quando la pena convenzionale ha il carattere di una obbligazione accessoria aggiunta alla principale allo scopo di assicurarla; imperocchè quando la pena è dovuta, rimane sempre ferma la prima obbligazione, ed il creditore avrà la scelta di conseguire semplicemente la obbligazione principale, o di chiedere la pena. Questo risultato si avrà non solo quando per mezzo di una pena convenzionale si volesse assicurare una antecedente obbligazione (m), ma ancora quando una transazione o contratti remissorii sono stati assicurati per mezzo di una pena convenzionale (n).

3) Alla regola generale che il creditore ha la scelta di chiedere la soddisfazione della obbligazione o della pena privata. A questo principio vi sono le seguenti modificazioni:

a) Il più delle volte la pena convenzionale ha il carattere di una multa penitenziale; il che vuol dire che si potrà recedere dal contratto principale col perdere ciò che forma l'oggetto della pena, ossia pagando; in questo caso l'obbietto del contratto principale è *in obligatione*, la pena sempre *in solutione*.

b) Può avvenire che il creditore potrà chiedere solamente il contenuto della pena, specialmente quando la obbligazione, alla quale essa fu aggiunta, è nulla.

c) Finalmente può avvenire che il creditore può nel medesimo tempo chiedere l'uno e l'altro obbietto delle due obbligazioni, ciò avviene specialmente quando la pena è determinata nel caso che la obbligazione

(l) L. 21. §. ult. 22. 23. de recept. (4. 8.). *Ulp.* Intra quantum autem temporis, nisi detur, quod arbiter iusserit, committatur stipulatio, videndum est. Et si quidem dies adiectus non sit, Celsus scribit libro secundo Digestorum, inesse quoddam modicum tempus, quod ubi praeterierit, poena statim peti poteat; et tamen, inquit, etsi dederit ante acceptum iudicium, agi ex stipulatu non poterit. — L. 122. §. 2. de V. O.

(m) L. 41. 42. 71. pro socio (17. 2.). — L. 28. de act. emt. vend. (19. 1.). *Iulian.* Praedia mihi vendidisti, et convenit, ut aliquid facerem; quod si non fecissem, poenam promisi; respondit: venditor, antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest; si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit; si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris, nisi in id, quod pluris eius interfuerit, id fieri. — L. 4. §. 7. de dol. mal. except. (44. 4.).— L. 14. C. de pact. (2. 3.).

(n) L. 10. §. 1. de pact. (2. 14.). *Ulp.* Si pacto subiecta sit poenae stipulatio quaeritur, et utrum pacti exceptio locum habeat, an ex stipulatu actio? Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse, prout elegerit, qui stipulatus est; si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre. — L. 15. de trans. (2. 15.). — L. 12. §. 2. de pact. dot. (23. 4.). — L. 40. C. de trans. (2. 4.).

principale viene adempiuta con ritardo, ovvero quando fu tale il proposito de'contraenti (o).

4) Generalmente la pena convenzionale cessa quando la principale obbligazione è adempiuta debitamente, ovvero quando per impossibilità giustificata il debitore non potette adempirla; solamente nel caso che la stipulazione fosse concepita in questa guisa: *Panphilum dare spondes? si non dederis, centum dare spondes?* se avviene la morte di Panfilo, si avvera sempre la condizione della seconda stipulazione, e però deve esser pagata la pena stipulata (p).

§. 349.

III. Origine della obbligazione per pollicitazione.

T. D. de pollicit. 50. 12.

La semplice promessa da una parte senza l'accettazione dall'altra appellasi *pollicitatio*, e, tranne in alcuni casi, non genera una obbligazione (a).

È obbligatorio questo atto se è fatto ad una comunità *(respublica);* fa mestieri che in ciò vi sia una giusta causa, senza di questa la semplice promessa allora sarà obbligatoria, quando l'opera sarà stata incominciata (b). Quando la pollicitazione fu fatta con l'animo di donare, il donatore addivenuto povero, può liberarsi dall'obbligo pagando solamente la quinta parte di quello che ha; lo stesso si dica dei suoi eredi estranei, mentre i figliuoli si liberano pagando la decima parte (c).

È obbligatoria ancora la promessa fatta per uno scopo religioso, o in

(o) L. 16. de trans. (2. 15.). — L. 17. C. cod. (2. 4.). — Confr. L. 122. §. ult. de V. O. (45. 1.). — Ved. not. (b).

(p) Conf. L. 22. pr. ad L. Aquil. (9. 2.). — Ved. not. (b).

(a) L. 3. pr. h. t. *Ulp.* Pactum est duorum consensus atque conventio; pollicitatio vero offerentis solius promissum.

(b) L. 1. pr. §. 1. 2-5. L. 3. §. 1. L. 4. 6. §. 1. 2. L. 7. L. 11. 12. §. 1. L. 13. pr. h. t. *Ulp.* Si pollicitus quis fuerit reipublicae opus se facturum, vel pecuniam daturum, in usuras non convenjatur; sed si moram coeperit facere, usurae accedunt, ut Imperator noster cum Divo patre suo rescripsit.

(c) L. 9. 14. 15. cod. *Modest.* Ex pollicitatione, quam quis ob honorem apud rempublicam fecit, ipsum quidem omnimodo in solidum teneri, heredem vero eius, ob honorem quidem facta promissione in solidum, ob id vero, quod opus promissum coeptum est, si bona liberalitati solvendo non fuerint, extraneum heredem in quintam partem patrimonii defuncti, liberos in decimam teneri, Divi Severus et Antoninus rescripserunt; sed et ipsum donatorem pauperem factum, ex promissione operis coepti quintam partem patrimonii sui debere, Divus Pius constituit.

vantaggio di una chiesa *(votum)*. I figli di famiglia ed i minori non restano obbligati da simile promessa, nè gl' impuberi si potranno per questa via obbligare nemmeno con l'autorità del tutore (d).

SEZIONE II.

Della estinzione della obbligazione.

§. 350.

I. De' modi di estinzione in generale.

1) Le obbligazioni cessano per mezzo di atti i quali portano *immediatamente* la loro estinzione; così avviene per mezzo del pagamento (*solutio* §. 335.); per deposizione e derelizione (§. 351.); per novazione (§. 353.); per contratti remissorii, e specialmente per mezzo del *pactum de non petendo, acceptilatio, mutuus dissensus* (§. 354.); per transazione e giuramento (§. 356.); per l'avvenimento di una condizione risolutiva o di un *dies ad quem* , finalmente per prescrizione dell' azione personale (§. 87.).

2) Vi sono modi di estinzione, i quali non sono diretti per sciogliere la obbligazione, ma la cessazione di essa avviene di conseguenza; di questo carattere è l'estinzione di obbligazione per compensazione (§.352.); per confusione (§.355.); per il *concursus causarum lucrativarum* (§.357.); l'estinzione per impossibilità di adempimento; lo stesso si dica della estinzione della obbligazione accessoria in forza della perdita della principale; della estinzione per pena del creditore, come per *decretum D.Marci* (§. 77.), per la cessione fatta ad uno più potente (§. 233.), per legge Anastasiana, finalmente è di egual natura la estinzione della obbligazione per morte di una delle parti, come nella società e nel mandato.

(d) L. 2. §. 1. 2. eod. *Ulp.* Voto autem paterfamiliarum obligantur, puberos, sui iuris; filius enim familias, vel servus sine patris dominive auctoritate voto non obligantur. Si decimam quis bonorum vovit, decima non prius esse in bonis desinit, quam fuerit separata; et si forte, qui decimam vovit, decesserit ante sepositionem, heres ipsius hereditario nomine decimae obstrictus est; voti enim obligationem ad heredem transire constat.

II. Modi di estinzione in particolare.

§. 351.

A. Della deposizione e derelizione.

Il modo più comune e generale di estinguere un'obbligazione è il pagamento, la soluzione, di cui s'è parlato altrove (329. ss.). Quando però non è possibile il pagamento, sia perchè il creditore è in una *mora accipiendi*, sia per altre cause, ma sempre senza colpa del debitore, questi potrà deporre o in una *aedes sacra*, ovvero presso il giudice competente o in un altro luogo, che il giudice stesso avrà designato, l'obbietto della obbligazione.

Questa deposizione ha l'effetto del pagamento; se il debitore era tenuto anche di caso fortuito, egli si è perfettamente liberato, e da quel momento cesserà il corso degl'interessi stabiliti. Conseguentemente come cessa per questo modo l'obbligazione principale, cessano nel medesimo tempo le accessorie. Tutto ciò avviene quando la deposizione è fatta in modo come se vi fosse stato presente lo stesso creditore, e ne avesse ricevuto puranco l'oggetto in pagamento; ed anche quando in effetto l'accetta (a).

Il creditore però non acquista la proprietà della cosa depositata se non al momento della definitiva consegna; per la qual cosa fino a questo momento il debitore può ripetere e ritirare il deposito giudiziale; ma se ciò avviene, rinascono con forza retroattiva tutti gli obblighi, i quali si erano estinti mediante la deposizione, come se questa non fosse avvenuta, perciò sono dovuti sempre gl'interessi, anche quelli decorsi nel tempo della deposizione, ed egualmente rivivera il pegno (b).

Tutto ciò però non vale per l'obbligazione accessoria del fideiusso-

(a) L. 9. C. de soiution. (8. 43.). — L. 6. 9. 19. C. dc nsnris (4. 32.) — Ved. not. preced. L. 43. de soiut. (46. 3.).

(b) L. 19. C. de nsur. (4. 32.). *Diocl.* et *Maxim.* Acceptam mutno sortem enm usnris licitis creditori post testationem offer; at si non anseipiat, consignatam in publico depone, nt cursus legitimarnm nsnrarnm inhibeatur. In hoc autem casu pnbiicnm intelligi oportet vei sacratissimas aedes, vel nbi competens iudex super ea re aditus deponi eas disposuerit. Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitnr, et ius pignorum toliitnr, qnnm Serviana etiam actio manifeste deciaret, pignoris inhiberi persecutionem vei solutis pecuniis vei si per creditorem steterit, quominus soivantur; quod etiam in traiectitiis servari oportet; creditori scilicet actione utiii ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed contra depositarium vel ipsas competente pecunias. — L. 8. C. de distr. pign. (8. 28.).

re il quale rimane libero anche dopo il ritiro del giudiziale deposito (c).

Quando per nessuna via il debitore potrà consegnare l'obbietto del debito, può per ultimo espediente abbandonarlo alla ventura (d).

§. 352.

B. Della compensazione.

T. D. de compensationibus (16. 2.).— C. h. t. (4. 31.).— *Krug*, la teoria della compensazione, Lipsia 1833. — *Brinz*, la teoria della compensazione, Lips. 1849.—*Dernburg*, della compensazione secondo il diritto romano, Haidelb. 1854.

La compensazione è quell'atto giuridico per mezzo del quale due obbligazioni delle quali una è contro l'altra si estinguono a vicenda, o in altre parole è il pareggio di un debito con un credito (a).

Per stretto diritto la sola circostanza che una obbligazione sta dirimpetto all'altra non poteva avere sopra alcuna nessuna influenza; ma poichè può sembrare una frode il chiedere un pagamento da taluno, verso il quale si è già obbligato, e poichè è interesse del convenuto debitore piuttosto di non pagare, che di ripetere il *solutum*, perciò equità vuole, che si conceda la facoltà al debitore di chiedere che il suo debito venga compensato da ciò che ha diritto di domandare dall'attore creditore (b).

Affinchè segua compensazione si richiedono i seguenti requisiti:

1) Bisogna che vi siano due valide obbligazioni indipendentemente dalla loro natura, cosicchè vi sarà anche compensazione:

a) quando l'una obbligazione è naturale e l'altra è civile (c);

b) quando vi sono determinati luoghi differenti di pagamento o diversi modi accessorii (d).

2) Conviene che le due obbligazioni abbiano la medesima natura di contenuto, cioè cose fungibili della medesima specie e qualità; per la qual

(c) L. ult. de pact. (2. 14.).

(d) L. 1. §. 3. de comm. et per. rei vend. et trad. (18. 6.).

(a) L. 1. pr. h. t. *Modest.* Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. *Paul.* Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

(b) L. 173. de R. I. (50. 17.).—L. 8. de dol. mali except. (44. 4.).—L. 3. 18. h. t.—L. 4. 5. 6. C. h. t. L. 1. C. rer. amot. (5. 21.).

(c) L. 6. h. t. *Ulp.* Etiam quod natura debetur venit in compensationem. — L. 2. C. h. t.

(d) L. 11. 12. 15. h. t. *Iavol.* Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum, is petit a me, quam ei debeo, pecuniam; quaero, an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit, certo loco dari? Respondit: si Titius petit, eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet, sed cum sua causa, id est, ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit, eo loco, quo convenerit, pecuniam dari.

cosa non si potrebbero compensare due obbligazioni, delle quali una è in ispecie l'altra in quantità; ovvero entrambe in quantità, ma di differenti specie; non si potrà egualmente compensare una cosa determinata con una indeterminata (e). Ma la differenza delle quantità non è ostacolo alla compensazione (f).

3) Le due obbligazioni devono essere reciproche l'una rispetto all'altra (g), eccetto quando vi è una intima relazione di persona:

a) In caso di cessione il *debitor cessus* può compensare col cessionario, quando la compensazione medesima è fondata contro il *creditor cedens* (§. 323.).

b) Similmente i *correi socii* possono compensare una obbligazione che ha un altro correo contro il suo creditore (§. 322.).

c) I fideiussori possono servirsi della compensazione circa alla obbligazione del debitore principale; così si dica delle relative obbligazioni tra padre e figlio (h).

4) Diverso è se le obbligazioni nascessero dalla medesima causa o da cause differenti, ma in quest'ultimo caso conviene che gli obbietti delle obbligazioni da compensare siano liquidi (i).

La compensazione non ha luogo nei seguenti casi:

1) Contro il fisco se domanda le imposte arretrate, ovvero il prezzo delle cose da esso vendute (k); ma in generale non è esclusa contra il fi-

(e) L. 2. §. 1. de reb. cred. (12. 1.). — L. 8. C. h. t. L. 18. pr. de pign. act. (13. 7.). *Paul.* Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis; si vero corporis alicuius, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco. — L. 13. §. 1. de pign. (20. 1.).

(f) L. 4. 8. C. h. t. — Ved. not. (e).

(g) L. 23. h. t. *Paul.* Id, quod pupillorum nomine debetur, si tutor petat, non posse compensationem obiici eius pecuniae, quam ipse tutor suo nomine adversario debet.

(h) L. 9. h. t. *Paul.* Si cum filiofamilias aut servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus, quamvis, si ageremus duntaxat de peculio praestaretur.

(i) L. ult. C. h. t. *Iustinian.* Ita tamen compensationes obiici iubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excindi. Hoc itaque iudices observent, et non procliviores in admittendas compensationes exsistant, nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali componant; excepta actione depositi secundum nostram sanctionem in qua nec compensationi locum esse disposuimus.

(k) L. 3. 7. C. h. t. *Alexand.* Adversus fiscum enim solummodo emtores petitioni pretii compensationem obiicere prohibentur. — L. 20. h. t. L. 46. de iur. fisc. (49. 14.).

sco la compensazione, senonchè è bisogno che la obbligazione opposta in compensazione sia provata entro due mesi (l).

2) Contro l'*actio depositi* (m).

3) Nè potrà compensare colui che acquistò il possesso per modi non legittimi (n).

Chi vuol servirsi della compensazione deve opporla all'attore in forma di eccezione (o); essa si potrà far valere fino al momento della *condemnatio* (p). Quando taluno si è richiamato alla compensazione, le due obbligazioni si conducono al punto fin dove esse si possono compensare; fin là è accettata poi la *mutua solutio* (q).

Quando qualcuno poteva opporre la compensazione e tralasciandola invece paga, bisogna distinguere se ciò fu fatto per errore o scientemente; nel primo caso può ripetere il *solutum* per mezzo della *condictio indebiti* (r); nel secondo non gli resta che far valere contro dell'altro il proprio suo diritto di obbligazione (s).

Se la eccezione di compensazione non è accettata dal giudice, bisogna distinguere, se ciò avvenne perchè il giudice sentenziò non essere il caso della compensazione, ed allora il credito del convenuto resta intatto, sicchè in un altro giudizio non gli si potrà opporre la *exceptio rei iudicatae;* se al contrario sentenziò mancare il credito opposto in compensazione dal convenuto, bene nel secondo giudizio si potrà opporre la *exceptio rei iudicatae* (t).

(l) L. 46. §. 4. eod. *Hermogen.* Qni compensationem opponit fisco, intra dnos menses debitum aibl doeere debet.

(m) §. 30. Inst. de act. (4. 6.).— L. 14. §. 1. C. h. t.— Ved. not. (l). — L. 11. C. deposit. (4. 34.).

(n) L. 14. §. 2. C. b. t. *Iustinian.* Possessionem antem alienam perperam occupantibns compensatio uon datur.

(o) L. 2. 5. 9. §. 1. L. 10. 11. §. 1. 2. h. t. L. 26. de probat. (22. 3.). — L. 1. §. 4. de contr. tnt. act. (27. 4.). — L. 20. §. 2. de statuiib. (40. 7.). — L. 6. 7. 8. 10. C. h. t. *Diocl.* et *Maxim.* Quoniam iiberum fundum distractum proponis, post vero, veiuti praecedente emtionem obiigatione, certum quid soivisse, si debitum a te apud praesidem provinciae petatur, compensationem eins, qnod indebite solvisti, potes opponere.

(p) L. 2. C. b. t. *Anton.* Ex cansa quidem iudicati soiutum repeti non potest, ea propter nec compensatio eius admitti potest. Enm vero, qni iudicati convenitur, compensationem pecuniae sibi debitae implorare posse, nemini dubinm est.

(q) L. 4. C. h. t. *Alexand.* Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso inre pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab ntraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, eiusque solins, quod ampiius apud alterum est, naurae debentur, si modo petitio earum subsiacit.

(r) L. 10. §. 1. b. t. *Ulp.* Si qnis igitur compensare potens solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto.

(s) L. 5. §. 2. de impens. (25. 1.). — L. 1. §. 4. de contr. tut. act. (27. 4.).

(t) L. 7. §. 1. h. t. *Ulp.* Si rationem compensationis index non babuerit, salva manet pe-

§. 353.

C. Della novazione.

La novazione è quell'atto giuridico per cui virtù vien sciolto un legame obbligatorio esistente, ed in suo luogo se ne conchiude un altro, tramutandosi l'obbligazione prima nella seconda, onde il nuovo rapporto di obbligazione dipende dallo scioglimento del primo (a). La novazione per ciò suppone assolutamente un' obbligazione preesistente, non monta se fosse civile o semplicemente naturale, se una sola o più (b).

La novazione può esser fatta per consenso delle parti, o venire direttamente dalla legge, come nel caso della *res iudicata;* nel primo caso si appellerà volontaria, necessaria nell'altro.

La nuova obbligazione, che vien fuori in forza della novazione, può essere contratta tra i medesimi subbietti della prima *(novatio simplex)*, di guisa che la novazione consiste solamente nell' obbietto o nelle determinazioni accidentali; come quando una obbligazione condizionale o a termine si tramuta in un' altra pura e semplice, e per converso (c). Può avvenire pure che nel primo vincolo di obbligazione entra un novello creditore o un novello debitore invece dei primi subbietti, sicchè resta intatto l'obbietto della vecchia obbligazione *(novatio qualificata)*.

Se invece del primo debitore n' entra un altro, in quanto che questi assume l'obbligo del primo il quale n'è immediatamente liberato, una tale novazione chiamasi più propriamente *expromissio* (d). E generalmente

titio, nec enim exceptio rei iudicatae obiici potest. Aliud dicam si reprobavi pensationem quasi non existente debito; tunc enim rei iudicatae mihi nocebit exceptio. — L. 1. §. 4. de cont. tut. act. (27. 4.). — L. 8. de negot. gest. (3. 5.).

(a) L. 1. pr. L. 5. 8. §. 1. 2. L. 14. 24. h. t. *Ulp.* Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur; novatio enim a *novo* nomen accepit, et a *nova* obligatione.

(b) L. 1. §. 1. L. 34. §. 2. h. t. *Ulp.* Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu; qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novare verbis potest, dummodo sequens obligatio, aut civiliter teneat, aut naturaliter, ut puta pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. — L. 18. §. 1. de acceptil. (46. 2.).

(c) § 3. Inst. quib. mod. toll. obl. (3.29.).—L. 2. 5. 8. §. 1. h. t. *Ulp.* In diem obligatio novari potest et priusquam dies advenerit. Et generaliter constat, et stipulatione in diem facta novationem contingere, sed non statim ex ea stipulatione agi posse, antequam dies venerit.—L. 18. §. 1. de accept. (46. 2.).

(d) §. 41. Inst. de rer. div. (2.1.).—L. 53. de contr. emt. (18.1.). *Gai.* Ut res emtoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium, an eo nomine fideiussor datus sit. Quod autem de fideiussore diximus, plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est,

per quest' ultimo atto è necessario il consenso del creditore, ma non è egualmente necessario il consenso del debitore (e).

Può avvenire ancora che il primo debitore sostituisca verso il creditore un altro debitore, ovvero il creditore sostituisca verso il debitore un altro creditore: questa specie di novazione appellasi *delegazione* (f). Affinchè quest' atto sia valido conviene che vi sia il consenso di tutte le parti interessate, ossia è bisogno di una doppia procura tra il delegante ed il delegato, come tra il primo ed il delegatario in forma di stipulazione (g).

Perchè la novazione sia valida sono richieste le seguenti condizioni:

1) Oltre di due valide obbligazioni si richiedono due subbietti idonei a novare; colui cui si può fare validamente un pagamento, può anche validamente consentire la novazione, eccetto il *solutionis causa adiectus*, il quale avendo solamente un mandato ad esigere; non potrà validamente fare una novazione (h). Il figlio di famiglia allora potrà fare una novazione rispetto al peculio profettizio, quando ne avrà avuto la libera amministrazione (i).

2) Bisogna che la seconda obbligazione sia in qualche cosa differente dalla prima, ossia o circa al subbietto, o all'obbietto, o ai modi, o in altra causa obbligatoria.

3) Fa mestieri in ogni specie di novazione l'*animus novandi*. Secondo una decisione di Giustiniano l'intenzione di fare una novazione dev'essere sempre espressa, non si potrà più ritenere una *tacita novatio;* in caso che qualche cosa si fosse mutata alla pristina obbligazione senza, o almeno non

veluti expromissore, ant pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum asset. — L. 7. §. 8. de dolo malo (4. 3.). — L. 4. §. 3. de re iud. (4. 21.).

(e) §. 3. Inst. cit. (3.29.).—L. 8. §. 5. h. t. *Ulp.* Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem placet, si hoc actum est; quid enim interest, ipsa, an alius quilibet promittat? Quod enim ego debeo, si alius promittat, liberara me potest, si novationis causa hoc fiat; si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur; non tamen, si quis stipuletur, quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur, liberat autem me is, qui quod debeo promittit, etiamsi nolim. — L. 91. de sol. (46. 3.).

(f) L. 11. h. t. *Ulp.* Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui iusserit. Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem.—L. 1. 3. 6. C h. t.—L. 11. C. de donat. (8. 54.).

(g) L. 45. §. 4. 7. 8. mand. (17. 1.). *Paul.* Quod mibi debebas, a debitore stipulatus sum periculo tuo; posse me agere tecum mandati in id, quod minus ab illo servare potero, Nerva, Atilicinus aiunt, quamvis id mandatum ad tuam rem pertineat; et merito, tunc enim liberatur is, qui debitorem delegat si nomen eius creditor secutus est, non cum periculo debitoris ab eo stipulatur. Idem iuris est, si mandatu fideiussor eum reo egissem, quia sequenti mandato liberaretur ex priore causa. — L. 11. §. 1. L. 17. 22. 24. 31. infin. 32. 33. h. t. L. 15. C. b. t.

(h) L. 10. 21. b. t. — conf. L. 20. §. 1. b. t.

(i) L. 27. pr. de pactis (2.14.).—L. 48. infin. de peculio (15.1.). *Paul.* Libera peculii administratio non permanet, neque in fugitivo, neque in surrepto, neque in eo, de quo nesciat quis, vivat, an mortuus sit. Cui peculii administratio data est, delegare debitorem suum potest.

espresso l'*animus novandi*, resta pure intatta l'antica obbligazione (k).

Per mezzo della novazione si estingue *ipso iure* l'antica obbligazione con ogni suo accessorio, come pegno, fideiussione ecc. (l). La nuova obbligazione entra in vigore affatto indipendente dalla prima; però se il suo cambiamento avvenne nei subbietti, cioè vi fu un'*expromissio* o una *delegatio*, il primo debitore è perfettamente liberato, quantunque il novello fosse insolvente, eccetto quando nella novella obbligazione si fosse convenuta la responsabilità dell'antico debitore (m). Così ancora le eccezioni che il delegante poteva opporre al creditore non giovano al delegato (n). Da ultimo essendo la novazione una specie di *satisfactio* verso il creditore, si scioglie per questa via anche l'obbligazione correale.

§. 354.

D. Della transazione.

T. D. de transact. (1. 15.). — C. h. t. (2. 4.).

Chiamasi transazione quel patto per mezzo del quale vien rimossa la contesa sulla spettanza d' un diritto con promettere, dare, o ritenere vicendevolmente qualche cosa; onde perchè mediante la transazione vien mutato alcun che dell' obbligazione anteriore, è anch' essa una specie di novazione.

Fa mestieri in questa teoria osservare i seguenti principii:

1) È subbietto in questo atto giuridico colui che liberamente può disporre del suo patrimonio, sicchè la transazione si può fare sopra una pena privata, ma non sopra una pubblica (a); si potrà transigere sopra

(k) L. 8. C. h. t. *Iustinian.* Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates resecantes, sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit, vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit.

(l) §. 3. Inst. cit. (3. 29.). — L. 1. 18. h. t. — L. 2. C. h. t.

(m) §. 3. Inst. cit. — L. 26. §. 2. L. 45. §. 7. mand. (17. 1.). — L. 3. C. h. t.

(n) L. 12. 13. 19. h. t. *Paul.* Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Idemque est et in ceteris similibus exceptionibus, imo et in ea, quae ex Senatusconsulto filiofamilias datur; nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra Senatusconsultum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra Senatusconsultum fit, tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest. Diversum est in muliere, quae contra Senatusconsultum promisit; nam et in secunda promissione intercessio est. Idemque est in minore, qui circumscriptus delegatur, quia, si etiam nunc minor est, rursum circumvenitur; diversum, si iam excessit aetatem vigintiquinque annorum, quamvis adhuc possit restitui adversus priorem creditorem. Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditore.

(a) L. 7. §. 14. L. 17. §. 1. L. 27. §. 4. de pact. (2. 14). *Ulp.* Si paciscar, ne operis novi

gli alimenti futuri lasciati per testamento, contentandosi taluno di una somma minore, ma pronta; questa facoltà fu ristretta per rescritto di Marco Aurelio, in quanto che una simile transazione poteva essere valida solamente con l'intervento del Pretore (b).

2) Circa all'obbietto bisogna che vi sia una incertezza nei diritti delle parti, e però non si potrà transigere sopra una sentenza passata in giudicato, perchè questa ha rimosso lo stato dubbioso del diritto (c); non vi sarà nemmeno transazione quando si transige sopra un diritto certo, o si rinuncia ad un diritto incerto senza convenire un compenso (d).

3) Generalmente per la transazione valgono le regole sui contratti, è da osservare però che l'errore allora annulla una transazione, quando è incorso sopra fatti ritenuti certi, e non sopra quelli, naturalmente incerti su'quali si volle transigere (e); così essa può essere impugnata quando furono ritenuti per veri documenti falsi e per giusto un conteggio inesatto (f), ovvero per dolo (g).

nuntiationem exsequar, quidam putant non valere pactionem, quasi in ea re Praetoris imperium versetur; Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat, quae distinctio vera est. Et in ceteris igitur omnibus ad Edictum Praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet; nam et de furto pacisci lex permittit. — L. 54. §. 5. L. 56. §. 4. de furtis. (47. 12.).

(b) L. 8. §. 2. h. t. *Ulp.* Quum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent contenti modico praesente, Divus Marcus Oratione in Senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta. Solet igitur Praetor intervenire et inter consentientes arbitrari, an transactio, vel quae admitti debeat. Eiusdem Praetoris notio ob transactionem erit, sive habitatio, sive vestiarium, sive de praediis alimentum legabitur. Haec Oratio pertinet ad alimenta, quae testamento vel codicillis fuerint relicta, sive ad testamentum factis, sive ab intestato. Idem erit dicendum, et si mortis causa donata fuerint relicta, vel ab eo, cui mortis causa donata sunt, relicta. Sed et si conditionis implendae gratia relicta sunt, adhuc idem dicemus. Plane de alimentis, quae non mortis causa donata sunt, licebit et sine Praetore auctore transigi. — L. 8. C. h. t.

(c) L. 7. pr. h. t. — L. 23. §. 1. de cond. indeb. (12. 6.).

(d) L. 1. h. t. *Ulp.* Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit. — L. 38. C. h. t.

(e) L. 3. §. 1. L. 12. h. t. *Scaev.* Quum transactio propter fideicommissum facta esset, et postea codicilli reperti sunt, quaero, an, quanto minus ex transactione consecuta mater defuncti fuerit, quam pro parte sua est, id ex fideicommissi causa consequi debeat? Respondit, debere. — L. 2. 19. C. h. t. — L. 36. famil. ercisc. (10. 2.). — L. 65. §. 1. de cond. indeb. lucub. (12. 6.). — L. 78. §. 16. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 6. C. de iur. et fact. ignor. (1. 18.).

(f) L. 42. C. h. t. *Leo* et *Anthem.* Si ex falsis instrumentis transactiones vel pactiones initae fuerint, quamvis iusiurandum his interpositum sit, etiam civiliter falso revelato eas retractari praecipimus, ita demum ut, si de pluribus causis vel capitulis eaedem pactiones seu transactiones initae fuerint, illa tantummodo causa vel pars retractetur, quae ex falso instrumento composita convicta fuerit, aliis capitulis firmis manentibus, nisi forte etiam de eo, quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur. — L. un. C. de err. calcul. (2. 5.).

(g) L. 65. §. 1. de condict. ind. (12. 6.). *Paul.* Et quidem quod transactionis nomine da-

4) La transazione può avere differenti contenuti; può avere lo scopo di riconoscere o abolire perfettamente o in parte lo stato già dubbioso di una lite, e sì da una parte come dall'altra può fondare pretensioni a determinati obblighi. Se sono fondate nuove obbligazioni, la transazione genera un'azione pel loro adempimento. Se questi novelli obblighi furono rivestiti di un'altra forma contrattuale, l'azione sarà quella del contratto come un' *actio ex stipulatu;* in caso contrario, si fonderà un' *actio praescriptis verbis* secondo le regole de' contratti innominati (h). In caso che per mezzo della transazione si rinunciò in tutto o in parte ad un diritto di obbligazione anteriore, essa opera in tutto o in parte la liberazione del debitore (i); l'azione che nascerà così dalla transazione sarà un'*exceptio transactionis*, una specie di *exceptio pacti conventi* (k).

Se la transazione fu giurata, colui il quale vuole esimersene, addiviene infame e ne perde i vantaggi.

tur, licet res nulla media fuerit, non repetitur; nam si lis fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. Sin autem evidens calumnia detegitur, et transactio imperfecta est, repetitio dabitur.

(h) L. 6. 28. 33. 37-39. C. h. t. *Alexand.* Quum mota in officiosi querela matrem vestram cum diversa parte transegisse ita, ut partem bonorum susciperet et a lite discederet, proponatis, instaurari quidem semel omissam querelam per vos, qui matri heredes exstitistis, iuris ratio non sinit. Verum si fides placitis praestita non est, in id, quod interest, diversam partem recte convenietis; aut enim, si stipulatio conventioni subdita est, ex stipulatu actio competit, aut, si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.

(i) L. 16. h. t. L. 17. 24. 36. C. h. t. *Diocl.* et *Maxim.* Si quidem ex causa transactionis acceptis his, quae instrumento continentur, nihil amplius peti convenit, adversariam tuam exceptionis auxilio defendi perspicis. Sin vero certam quantitatem, quasi solam ab ea debitam, reddere se debere sine litis decisione confessa est, tam eam, quam residuam debiti partem petere minime prohiberis. — Confr. L. 28. eod.

(k) L. 41. C. h. t. *Arcad.* et *Honor.* Si quis maior annis viginti quinque adversus pacta vel transactiones, nullo cogente imperio, sed libero arbitrio et voluntate confectas, putaverit esse veniendum vel interpellando iudicem, vel supplicando principibus, vel non implendo promissa eas autem invocato Dei omnipotentis nomine, eo auctore, solidaverit, non solum notetur infamia, verum etiam actione privatus, restituta poena, quae pactis probatur inserta, et rerum proprietate careat, et emolumento quod ex pacto vel transactione illa fuerit consecutus; itaque omnia mox eorum commodo deputabuntur, qui intemerata pacti iura servaverint. Eos etiam huius legis vel iactura dignos esse iubemus vel munere, qui nomina nostra placitis inserentes salutem principum confirmationem initarum iuraverint esse pactionum.

§. 355.

E. Della confusione.

Se il diritto e l'obbligo corrispondente si raccolgono nella medesima persona, poichè niuno può essere nel medesimo tempo creditore e debitore di sè stesso, l'obbligazione si estingue per confusione, il che avviene massimamente quando il debitore addiviene l'erede del creditore e viceversa (a); cessandosi di essere erede, cessa poi anche retroattivamente la confusione (b), e se l'erede entra nell'eredità col beneficio dell'inventario, la confusione non ha luogo (§. 271.).

1) Se un creditore correale diventa erede di un debitore correale, o viceversa, nulla si muta della obbligazione rispetto agli altri *correi* (c); se all'incontro la confusione avvenne tra il creditore ed il fideiussore, si estinguerà solamente l'obbligazione accessoria (d), e ciò vale pure in tutti i casi, nei quali la obbligazione principale si unisce con l'accessoria nella medesima persona, a meno che questa non offra al creditore una sicurezza maggiore, poichè in questo caso restano entrambe in vigore (e).

La confusione non avverrà, se due diritti personali si riuniscono nella medesima persona, e quando due debitori correali e più fideiussori si ereditano a vicenda (f).

§. 356.

F. Dei patti remissorii.

L'obbligazione può anche estinguersi con patti, mediante i quali viene al debitore rilasciato il debito, queste convenzioni possono avere diverse forme e carattere, esse sono: il mutuo dissenso, il *pactum de non petendo*, e l'*acceptilatio*.

1) Se i due contraenti avessero acquistato per mezzo del consenso vicendevoli diritti, un tale affare può essere sciolto mediante il contrario

(a) L. 75. de solut. (46. 5.). — L. 3. C. de pact. (2. 3.). — L. 5. C. de hered. act. (4. 16.).

(b) L. 21. §. 2. de inoff. test. (5. 2.). — L. 87. §. 1. de acquir. vel. omitt. hered. (29. 2.). — L. 22. C. de inoff. test. (3. 28.).

(c) L. ult. de duob. reis (45. 2.).

(d) L. 71. pr. de fideiuss. (46. 1.). — L. 43. de solut. (46. 3.).

(e) L. 5. 14. de fideiuss. (46. 1.). — L. 13. de duob. reis (45. 2.). — L. 95. §. 3. de solut. (46. 3.).

(f) L. 93. §. 3. de solut. (46. 3.). — L. 13. de duob. reis. (45. 2.). — L. 5. 21. §. 1. de fideiuss. (46. 1.).

accordo ossia un contrario consenso dichiarato *(mutuus dissensus)*, qualora non si fosse nulla prestato dall'una delle parti (a). Se al contrario da entrambe le parti, o almeno da una di esse è seguita una prestazione, allora il mutuo dissenso non è sufficiente ad annullare la obbligazione bilaterale, ma le parti debbono conchiudere un nuovo contratto (b).

2) Quando qualcuno senza stipulazione rimette ad un altro il proprio diritto dipendente da un affare unilaterale, ovvero mediante stipulazione rimette un proprio diritto non dipendente da stipulazione, allora questo sarà un patto remissorio nel più stretto significato della parola, *pactum de non petendo*, il quale in sè contiene una vera *promissio accepta*. Imperocchè il creditore promette al debitore di non far valere il suo diritto di obbligazione; per mezzo di un tale patto il debitore ha per sè una *exceptio* contro il creditore (c).

Dal modo del patto dipende contro quali persone può essere opposta l'*exceptio pacti de non petendo:* se esso è formolato *in personam*, non può essere opposta che dal solo debitore e non dai suoi eredi o dal fideiussore (d); lo stesso si dica in rapporto al creditore: Se poi è fatto *in rem* allora può opporsi tanto dal debitore quanto dai suoi eredi e fideiussori contro o il creditore o colui che per costui ripete il diritto di obbligazione (e).

3) L'*acceptilatio* consiste in ciò che il debitore domanda solenne-

(a) §. 4. Inst. quib. mod. obl. toll. (3. 29.). — L. 3. de rescind. vend. (18. 5.). *Paul.* Emtio et venditio, sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta. Ideoque quaesitum est, si emtor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit, ex emto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt; an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum. Et puto, liberato reo et fideiussorem liberari; item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emtor quoque rem in stipulationem deduxerit. — L. 95. §. 12. de solut. (46. 3.).

(b) L. 57. de pactis (2. 14.). — L. 80. de solut. (46. 3.). — L. 1. 2. C. quando liceat. (4. 45.). *Gordian.* Re quidem integra ab emtione et venditione utriusque partis consensu recedi potest. Etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissolvitur. At enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emtionem, si non actus quoque priori similis, retro agens venditionem, intercesserit.

(c) §. 3. Inst. de except. (4. 13.). Praeterea debitor, si pactus fuerit cum creditore, ne a se peteretur, nihilominus obligatus manet, quia pacto convento obligationes non omnimodo dissolvuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, qua actor intendit, *si paret, eum dare oportere.* Sed quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti conventi. — L. 17. §. 2. L. 27. §. 2. de pactis (2. 14.).

(d) L. 22. de pactis (2. 13.). *Ulp.* Nisi hoc actum est, ut duntaxat a reo non petatur, a fideiussore petatur; tunc enim fideiussor exceptione non utetur. — Ved. not. seg.

(e) L. 21. §. 5. eod. *Paul.* In his, qui eiusdem pecuniae exactionem habent in solidum, vel qui eiusdem pecuniae debitores sunt, quatenus aliis quoque prosit vel noceat pacti exceptio, quaeritur; et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse eius, qui paciscebatur, interfuit. Itaque debitoris conventio fideiussoribus proficiet.

mente al creditore: *quod ego tibi promisi habesne acceptum?* e questi risponde *habeo;* l'obbligazione si estingue *ipso iure* (f).

In questo modo però non si poteva estinguere se non una verbale obbligazione; qualunque altra doveva mediante stipulazione mutarsi prima in una obbligazione verbale, e poi estinguersi per accettilazione; modo introdotto per questa operazione da G. Aquilio e perciò detto *stipulatio aquiliana* (g).

§. 357.

F. Concursus causarum lucrativarum.

Colui il quale per titolo lucrativo deve a taluno qualche cosa, vien liberato da quest' obbligazione, quando il suo creditore acquista la cosa medesima anche a titolo lucrativo (a).

Affinchè per questa via si potesse estinguere l' obbligazione contro qualunque terzo, fa mestieri che concorrono tre requisiti:

1) È mestieri prima di ogni altro una determinata specie (b).

2) Il creditore deve aver avuto nelle sue mani questa medesima specie in natura (c).

3) Finalmente l' acquisto fatto della specie medesima deve essere irrevocabile (d).

(f) §. 1. Inst. quib. mod. oblig. toll. (3. 29.). Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id, si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur haec verba debitorem dicere: *quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* et Titius respondeat: *habeo.* Sed et Graece potest acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet: ἔχεις λαβὼν δηνάρια τόσα ἔχω λαβών. Quo genere, ut diximus, tantum eae solvuntur obligationes, quae ex verbis consistunt non etiam ceterae: consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi; sed id, quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi. Sicut autem quod debetur, pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest.

(g) §. 1. Inst. eod. — Ved. not. prec.

(a) §. 6. Inst. de legatis. (2. 20.). — L. 21. §. 1. de legatis (32). — L. 17. de O. et A. (44. 7.). — L. 61. de solut. (46. 3.).

(b) L. 17. de O. et A. cit. *Iulian.* Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, quum ea species ex causa lucrativa sed creditores pervenisset..

(c) §. 6. Inst. de legatis (2. 20.).

(d) L. 82. de legatis (30.). *Iulian.* Non quocunque modo, si legatarii res facta fuerit die cedente obligatio legati extinguitur, sed et eo modo fuerit eius, quo avelli non possit. — L. 83. §. 6. de V. O. (45. 1.).

CAPITOLO III.

DELLE OBBLIGAZIONI SPECIALI NASCENTI DA CONTRATTI E QUASI-CONTRATTI.

I. Delle obbligazioni nascenti da contratti reali.

§. 358.

A. Del contratto di mutuo.

T. D. de rebus creditis, si certum petatur et de condictione (12. 1.). — C. de rebus creditis (4. 1.). Si certum petatur (4. 2.).

Il mutuo è quel contratto reale per mezzo del quale si dà a taluno una quantità di cose fungibili, perchè ne possa disporre ad arbitrio, a patto ch'egli dopo un certo tempo restituisca la medesima specie e quantità. Il contratto di mutuo è strettamente unilaterale, di stretto diritto, e genera perciò un'azione di stretto diritto o una *condictio* (a).

Per esser valido questo contratto bisogna che abbia i seguenti requisiti:

1) La quantità dev'essere trasmessa nella proprietà di colui che la riceve; la *pecunia* perciò non sarà *credita*, finchè il danaro non esca dalla proprietà del creditore, e non sia trasmessa in quella del debitore (b). Per la qual cosa non sarà fondata una *condictio mutui* se il debitore non addivenga proprietario della moneta; similmente il vero proprietario della moneta o del fungibile, che avesse pure diritto di disporne, potrà solo fondare un vero mutuo (c).

2) Se colui che riceve la moneta ne diviene dopo proprietario come

(a) Pr. Inst. quib. mod. re contrah. obl. (3. 14.). Re contrahitur obligatio veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quae numero, pondere, mensurare constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, aere, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis eodem res, sed aliae eiusdem naturae, et qualitatis reddantur: unde etiam mutuum appellatum est, quia ita a me tibi datura, ut ex meo tuum fiat. Et ex eo contractu nascitur actio, quae vocatur condictio.

(b) Pr. Inst. quib. mod. re contr. obl. (3. 14.).—Ved. not. prec.—L. 34. pr. mand. (17. 1.). confr. L. 3. §. 1. de O. et A. (44. 7.).

(c) L. 2. §. 4. L. 16. h. t. *Paul.* Si socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnimodo creditam pecuniam facit, licet ceteri dissenserint. Quodsi communem numeravit, non alias creditam efficit, nisi ceteri quoque consentiant, quia suae partis tantum alienationem habuit. — §. 2. Inst. quibus alien. lic. (2. 8.). — L. 9. de act. tut. (26. 8.).

per *commixtio*, o per prescrizione, ovvero se, avendola usata o data in buona fede, ne abbia ricevuto il medesimo vantaggio come se fosse stato proprietario, a colui che dava la moneta competerà ancora una *condictio* per ripetere il già dato, la quale non può essere altro se non una *condictio ex mutuo* (d). Al contrario se il primo l'avesse usata in mala fede, contro di lui si potrà usare un'*actio ad exhibendum*, e secondo i casi una *condictio furtiva* (e).

Come riguardo al debitore, così riguardo al creditore la giurisprudenza romana non stette ferma alle conseguenze rigorose del diritto sul contratto di mutuo.

Era regola generale che colui poteva fondare un contratto di mutuo, ch'era vero proprietario della *pecunia*, e che questa fosse immediatamente trasmessa dal *mutuum dans* al *mutuum accipiens*. Con tutto ciò fu accettato dai giureconsulti romani un vero mutuo nei seguenti casi:

a) Quando il creditore dà la facoltà al suo debitore di trasmettere come per mutuo ad un altro il denaro dovutogli, di guisa che colui il quale riceve la moneta dal debitore, ne sarà a sua volta debitore per mutuo (f). In questo caso è richiesto che colui il quale riceve la moneta sappia da chi la riceve come mutuo, e però se Tizio crede di ricevere direttamente dal mio debitore che pagò, e non da me, non esisterà tra me e Tizio alcuna relazione di mutuo, sebbene dall'altra parte a me spetterà la *condictio sine causa* (g).

(d) L. 11. §. 2. L. 13. §. 1. h. t. *Ulp*. Unde Papinianus libro octavo Quaestionum ait: si alienos numos tibi mutuos dedi, non ante mihi teneris quam eos consumseris. Quodsi per partes eos consumseris, an per partes tibi condicam, quaerit; et ait, condicturum, si admonitus alienos numos fuisse, ideo per partem condico, quia nondum totos consumtos compereram. — Una tale *condictio* fu considerata da altri come speciale nominandola: *condictio de bene depensis*.

(e) §. 2. Inst. quib. alien. lic. (2. 8.). — L. 11. §. 2. L. 12. 13. pr. §. 1. L. 19. pr. §. 1. h. t. *Ulp*. Si fugitivus servus numos tibi crediderit, an condicere tibi dominus possit, quaeritur; et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua. Fugitivus autem, vel alius servus contra voluntatem domini credendo non facit accipientis. Quid ergo? Vindicari numi possunt, si extant, aut, si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi; quodsi sine dolo malo consumsisti, condici tibi poterunt. — L. 24. pr. §. 2. de O. et A. (44. 7.). — L. 56. §. 2. de fideiuss. (46. 1.).

(f) L. 34. pr. mand. (17. 1.). — L. 15. h. t. *Ulp*. Singularia quaedam recepta sunt circa pecuniam creditam; nam si tibi debitorem meum iussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos numos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut, cum ex causa mandati pecuniam tibi debeas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta.

(g) L. 32. h. t. *Cels*. Si et me, et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? Subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti, sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi, hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest, sed quia pecunia mea, quae ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum aequum est.

b) Si avrà ancora una *pecunia credita*, quando per accordo tra il creditore e il debitore si stabilisca, che questi tenesse come mutuo il danaro che deve. Questo caso, sebbene non è ammesso da Africano, si debbe accettare conforme al parere di Ulpiano nella legislazione giustinianea (h).

c) È riconosciuto ancora un mutuo quando si dà una cosa qualunque perchè l' altro la vendesse, e ne ritenesse il prezzo come mutuo; è necessario però che segua la vendita, in caso contrario non si avrà diritto ad una *condictio*, ma piuttosto ad un'*actio praescriptis verbis* (i).

d) Quando qualcuno in nome di un terzo consente un mutuo, il terzo immediatamente può esercitare la *condictio mutui*.

2) Il debitore di un mutuo è obbligato a restituire tanto quanto ha ricevuto, ovvero in meno se così fu pattuito, ma non mai in più, essendo un contratto di stretto diritto (k). Per la medesima ragione nel mutuo non debbono essere pagati gl'interessi, se non convenuti specialmente con apposita stipulazione; nel qual caso il mutuo prende forma di contratto fencratizio (l).

3) Dal momento ch'è conchiuso il mutuo, il pericolo dell'oggetto passa al debitore, onde la perdita per caso fortuito non lo libera dalla restituzione; poichè egli è obbligato a restituire non la specie ma il genere.

4) L'azione che nasce da un simile contratto è una azione di stretto diritto, una *condictio ex mutuo*, la quale è diretta per il solo oggetto certo della obbligazione. Essendo il contratto strettamente unilaterale non spetterà al debitore azione contraria verso il creditore; ma se vi fu dolo, egli potrà servirsi di altre azioni, come l'*actio de dolo* e l'*actio legis Aquiliae* (m).

(h) Ved. LL. citt. nella not. (f).

(i) L. 11. pr. h. t. *Ulp.* Rogasti me, nt tibi pecuniam crederem, ego, quum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, ut numis ntereris; si vendideris, puto mntuam pecnniam factam. Quodsi lancem vel massam sine tua culpa perdideris, priusquam venderes, utrum mihi, an tibi perierit, qnaestionis est. Mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis, multum interesse, venalem habni hanc lancem vel massam, nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodnm si alii dedissem vendendam; qnodsi non fui proposito hoc, ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu ntereris, tibi eam periisse, et maxime si sine nsnris credidi. — L. 8. C. si cert. pet. (4. 2.). — L. 19. pr. praepr. verb. (19. 5.).

(k) L. 11. §. 1. h. t. *Ulp.* Si tibi dedero decem sic, nt novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso iure debere, quam novem. Sed si dedero, ut undecim debeas, pntat Proculns, amplius, quam decem condici non posse. — L. 17. pr. de pactis (2. 14.). — L. 8. in qnib. caus. pign. (20. 2.).

(l) L. 58. §. 2. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 1. 37. C. de usur. (4.32.). *Sever.* et *Anton.* Quamvis usurae foenebris pecuniae citra vincnlum stipnlationis peti non possunt, tamen ex pacti conventione solutae neqne ut indebitae repetuntur, neque in sortem accepto ferendae snnt.

(m) Pr. Inst. quib. mod. re contr. obl. (3. 14.). — Ved. not. (a). — L. 9. pr. h. t.

B. Delle altre condictiones datorum.

§. 359.

1) In generale.

Sono fondate in diritto romano molte azioni le quali hanno per scopo la restituzione di un guadagno che un altro (il convenuto) ebbe fatto sul patrimonio dell' attore senza un motivo legale; esse, perchè sono dirette ad un *certum* dato, sono chiamate *condictiones datorum*. I requisiti sono i seguenti:

1) Conviene che il convenuto si sia veramente arricchito; non avranno luogo se si diede qualche cosa la quale non addivenne proprietà di colui che la ricevè.

2) Tutto quello che fu dato, deve essere uscito dalla proprietà dell' attore, ovvero l' arricchimento dev' esser stato fatto a spese di questo ultimo.

3) Bisogna che non vi sia un motivo legale di questo cambiamento nello stato de'due patrimonii; la causa dell'obbligo alla restituzione è giustamente la mancanza del motivo legale, per cui il convenuto fece quell'ingiusto guadagno.

La mancanza di un motivo legale può essere tanto nel passato quanto nell'avvenire, ossia l'obbietto può esser stato dato, come i Romani si esprimono, *ob causam*, ovvero *ob rem; ob causam*,* nel più stretto significato della parola significa dare una cosa per motivo di un fatto compiuto, *ob rem* pel motivo di un fatto da compiere.

Quando è stato dato qualche cosa *ob causam* non si potrà aver diritto alla ripetizione per la non esistenza della *causa praeterita* (a), eccetto quando erroneamente si pagò un indebito, giacchè è concessa la *condictio indebiti*. In alcuni casi *aequitatis causa* fu concessa anche una *condictio*, specialmente quando la *causa praeterita* non era giuridicamente valida, essa si appellò *condictio sine causa* (b).

Quando fu dato all'incontro qualche cosa *ob rem*, ossia per una causa giuridica da venire, si avrà diritto sempre alla ripetizione quando la causa medesima non viene alla esistenza, l'azione diretta alla restituzione

(a) L. 52. 65. pr. §. 2. 4. de cond. ind. (12. 6.). *Pomp*. Damus aut ob causam, aut ob rem; ob causam praeteritam, veluti quum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia aliquid a te factum est, ut, etiamsi falsa causa sit, repetitio eius pecuniae non sit; ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit.

(b) L. 1. §. 3. de condict. sine caus. (12. 7.).

è detta: *condictio causa data, causa non secuta* (c). Similmente quando fu dato qualche cosa per una causa futura che ridondi a disonore dell' altro, si potrà chiederne la restituzione con la *condictio ob turpem causam* (d).

2) Delle condictiones datorum in ispecie.

§. 360.

a) Della condictio indebiti.

G. D. de condict. indebiti (12. 6.).—C. h. t. (4. 5.).—*Christiansen*, della teoria della naturalis obligatio e della condictio indebiti, Kiel 1844.

I requisiti essenziali alla *condictio indebiti* sono i seguenti:

1) È richiesto in primo luogo che vi sia il pagamento di un vero indebito, sia che non vi esistesse una obbligazione legalmente costituita, ovvero nessuna obbligazione in rapporto all'obbietto del pagamento, o finalmente nessuna in generale tra colui il quale faceva il pagamento e quello che il riceveva.

Non esiste obbligazione legale, quando non solo manca ogni fatto obbligatorio, ma ancora quando esiste un tal fatto, ma la obbligazione è nulla fin dal principio (a); ovvero quando la obbligazione dipende da una condizione, o da una determinazione di tempo incerto (b), finalmente quando le si può opporre una eccezione perentoria o perpetua (c). Al contrario non vi sarà un vero indebito e però non sarà fondata la *condictio indebiti* nei seguenti casi:

a) Quando vi è obbligazione naturale; anzi non sarà fondata neppure la *condictio*, quando non vi esiste propriamente obbligazione, ma la resti-

(c) Ved. not. (a).

(d) L. 1. de cond. ob turp. caus. (12. 5.).

(a) L. 2. §. 1. L. 37. h. t. *Ulp*. Si quid ex testamento solutum sit, quod postea falsum vel inofficiosum vel irritum, vel ruptum apparuerit, repetetur; vel si post multum temporis emerserit aes alienum, vel codicilli diu celati prolati, qui ademtionem continent legatorum solutorum, vel deminutionem per hoc, quia aliis quoque legata relicta sunt; nam Divus Hadrianus circa inofficiosum et falsum testamentum rescripsit, actionem dandam ei, secundum quem de hereditate iudicatum est. — L. 16. de cont. emt. (18. 1.). — L. 7. de hered. vel. act. vend. (18. 4.).

(b) L. 16. pr. §. 1. L. 18. 48. 60. §. 3. h. t *Pomp*. Sub conditione debitum per errorem solutum pendente quidem conditione repetitur, conditione autem existente repeti non potest. Quod autem sub incerta die debetur, die existente non repetitur.

(c) L. 26. §. 3. 7. L. 30. 32. §. 1. L. 40. pr. §. 2. L. 43. h. t. *Ulp*. In debitum autem solutum accipimus, non solum si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat; quare hoc quoque repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit.

tuzione è considerata contro i buoni costumi e contro la gratitudine, perciò non si possono ripetere le usure indebite; la madre non potrà esercitare la *condictio* quando per errore costituì la dote per la propria figliuola (d); lo stesso si dica quando erroneamente si sono prestati alimenti ai prossimi parenti (e).

b) Non sarà egualmente fondata la *condictio indebiti* quando ad una esistente obbligazione è opposta un'*exceptio perpetua*, la quale estingue solamente l'azione e non la stessa obbligazione, di guisa che rimane una obbligazione naturale, come nel SC. Macedoniano (f).

c) Similmente quando esiste una valida obbligazione, ma che può essere resa inefficace in seguito ad un beneficio, di guisa che il debitore avesse il diritto di ritenere l'oggetto, ma non ripetere, la *condictio* non può aver luogo (g).

d) Quando una obbligazione è fondata con un *dies certus*, e per errore si è pagato prima che venisse il giorno, non avrà luogo la nostra *condictio*, giacchè il *dies certus* sospende la soluzione e non la obbligazione (h).

e) Non è ammessa la *condictio* quando non esiste obbligazione fin dal principio, ma per transazione o per sentenza giudiziale sorge dappoi, ed anche viceversa (i).

f) Finalmente non può venire la *condictio indebiti* in tutti quei casi in cui taluno paga pel timore di non essere obbligato al doppio, *lis contra*

(d) L. 13. 19. pr. L. 26. §. 12. L. 32. §. 2. L. 39. §. 1. 2. L. 59. 64. b. t. *Tryphon*. Si qnod dominus servo debnit, mannmisso solvit qnamvis existimans ei aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum; ut enim libertas natnrali lnre contiuetur, et dominatio ex gentium inre introdueta est, ita debiti vel non debiti ratio in condietione natnraliter intelligenda est. — ved. vol. I. pag. 113. annot.

(e) Ved. L. 27. §. 1. de negot. gest. (3. 5.). — L. 5. §. 14. de agn. et alend. lib. (25. 3.). — L. 11. 15. C. de neg. gest. (2. 14.).

(f) L. 40. b. t. *Marcinn*. Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest. Sed hoc non est perpetnum; nam si qnidem eins causam exceptio datur enm quo agitur, solutum repetere potest, nt accidit in Senatusconsnlto de Intercessionibus; nbi vero in odium eius, eni debetur exceptio datur, perperam solutum non repetetur, veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, et paterfamilias factus solverit, non repetit. — L. 14. de reb. ered. (12. 1.). — L. 9. §. 4. 5. L. 10. ad SC. Maced. (14. 6.). — L. 3. §. 7. quod quisque inr. (2. 2.).

(g) L. 9. L. 51. b. t. *Pompon*. Ex qnibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus. — confr. L. 21. ad SC. Trebell. (36. 1.). — L. 5. §. 2. de liber. leg. (34. 3.). — L. 49. §. 1. fin. de fideiuss. (46. 1.).

(h) L. 10. b. t. *Paul*. In diem debitor adeo debitor est, ut ante diem solutum repetere non possit.

(i) L. 65. §. 1. b. t. *Paul*. Et quidem qnod transactionis nomine datur licet res nulla media fuerit, non repetitur; nam si lis, fuit, hoc ipsum, quod a lite disceditur, causa videtur esse. Sin autem evidens calumnia detegitur et transactio imperfecta est, repetitio dabitur.

inficientem in duplum crescit; poichè in questi casi nel pagamento vi è una specie di transazione (k).

Si ha ancora un vero indebito quando colui che paga è vero debitore, ma circa all'obbietto egli non era obbligato a fare il pagamento come in realtà lo ha fatto; p. e. è concessa al debitore la restituzione, quando egli paga erroneamente tutt' altro di quello che dovea; quando egli crede di essere debitore di una specie, ove deve un genere; quando crede di esser debitore *simpliciter*, ove deve alternativamente; ovvero in fine quando erroneamente crede di dover cumulativamente, ove in realtà deve alternativamente, ed in quest'ultimo caso con la restituzione spetta al debitore anche il diritto di scelta (l).

Finalmente si ha un vero indebito quando si è pagato a tutt'altra persona che al vero creditore, ovvero da tutt' altra persona che dal vero debitore (m); se due debitori correali hanno entrambi pagato, all' ultimo spetterà la *condictio* (n).

2) Il secondo requisito per la *condictio indebiti* è, che il pagamento sia fatto per errore (o); se colui che paga fosse solamente nel dubbio di dovere, questo dubbio secondo la decisione di Giustiniano dev' essere equiparato all'ignoranza, e però spetterà a colui che paga la *condictio indebiti* (p).

(k) §. 7. Inst. de obl. quasi ex contr. (3. 27.). Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. Namque definierunt veteres, ex quibus causis infitiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quae certa constituta per damnationem cuicumque legata fuerant. Nostra autem constitutio, quum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, huiusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit; sed non omnibus legatariis hoc praebuit, sed tantummodo in iis legatis et fideicommissis, quae sacrosanctis ecclesiis et ceteris venerabilibus locis, quae religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt, quae, si indebita solvantur, non repetuntur. — L. 4. C. h. t. confr. L. 36. fam. ercisc. (10. 2.). — L. 74. §. 2. de iud. (5. 1.). — L. 1. C. h. t. L. 2. C. de compens. (4. 31.). — *Gai.* Inst. 83. — *Ulp.* fragm. XXIII. 33.

(l) L. 19. §. 3. L. 33. §. 3. h. t. — confr. L. 26. §. 4. 5. h. t. — ved. §. 318.

(m) L. 65. §. ult. h. t. *Paul.* In debitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur, aut si id, quod alius debebat, alius, quasi ipse debeat, solvat. — confr. L. 9. §. 1. de cond. caus. dat. (12. 4.). — L. 12. 13. de nov. (46. 3.).

(n) L. 19. §. 4. L. 20. 25. h. t. *Ulp.* Quum duo pro reo fideiussissent decem, deinde reus tria solvisset, et postea fideiussores quina, placuit, eum, qui posterior solvit, repetere tria posse; hoc merito, quia tribus a reo solutis septem sola debita supererant, quibus persolutis tria indebita soluta sunt.

(o) L. 1. §. 1. h. t. Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio. — L. 53. de R. I. (50. 17.). confr. L. 24. 26. §. 8. L. 50. 54. 6. 2. h. t. L. 1. 9. pr. C. h. t.

(p) L. 11. C. h. t. *Iustinian.* Pro dubietate eorum, qui mente titubante indebitam solverint pecuniam, certamen legislatoribus incidit, utrumne id, quod ancipiti animo persolverint, possint repetere, an non. Quod nos decidentes sancimus, omnibus, qui incerto animo indebitam

3) Il terzo requisito per la *condictio indebiti* è che colui che riscuote il pagamento sia in buona fede; in caso contrario contro luí sarà meglio esercitata la *condictio furtiva* (q).

4) È attore chi ha pagato l'indebito o i suoi eredi, ancorchè il pagamento fosse stato eseguito dal mandatario o dal *negotiorum gestor* con *ratihabitio;* è convenuto chi ha riscosso il pagamento o i suoi eredi, ancorchè abbia riscosso per mandatario, o per *negotiorum gestor* con *ratihabitio;* se questi poi non avesse avuta la *ratihabitio*, sarebbe egli stesso chiamato in giudizio per mezzo della *condictio* (r).

5) È scopo della *condictio indebiti* rimettere le parti nello stato antecedente al pagamento avvenuto.

Però :

a) Se si sono pagate indebitamente cose non fungibili, esse sono restituite, se ve ne è ancora la specie; in caso contrario chi ha ricevuto il pagamento sarà obbligato *in quantum locupletior factus est;* e se esse perirono per caso fortuito o si deteriorarono, il reo non vi sarà tenuto (s). Con le cose devono essere restituiti anche i frutti percetti, ed i *percipiendi* dalla *litis contestatio* (t).

Colui che in buona fede riscosse il pagamento può avere diritto d'essere rifatto delle spese come il *bonae fidei possessor* (u).

dederint pecuniam vel aliam quandam speciem persolverint, repetitionem non denegari, et praesumtionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur.

(q) L. 18. de cond. furt. (13. 1.). *Scaev.* Quoniam furtum fit, quod quis indebitos nummos sciens acceperit, videndum, si procurator suos nummos solvat, an ipsi factum fiat? Et Pomponius epistolarum libro octavo ipsum condicere ait ex causa furtiva; sed et me condicere, si ratum habeam, quod indebitum datum sit; sed altera condictione altera tollitur. — L. 43. pr. de furtis. (47. 2.).

(r) L. 5. 6. 49. 57. h. t. *Paul.* Si procurator tuus indebitum solverit, et tu ratum non habeas, posse repeti, Labeo libris Posteriorum scripsit; quodsi debitum fuisset, non posse repeti. Celsus: Ideo, quoniam, quum quis procuratorem rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut solvat creditori, neque postea expectandum sit, ut ratum habeat. Idem Labeo ait, si procuratori indebitum solutum sit, et dominus ratum non habeat, posse repeti. Celsus ait, eum, qui procuratori debitum solvit, continuo liberari, neque ratihabitionem considerari; quodsi indebitum acceperit, ideo exigi ratihabitionem, quoniam nihil de hoc nomine exigendo mandasse videretur, et ideo si ratum non habeatur, a procuratore repetendum.—L. 6. C. h. t.—L. 14. de cond. caus. data (12. 4.).—confr. L. 66. de solut. (46. 3.).

(s) L. 26. §. 12. L. 65. §. 8. h. t. *Paul.* Si servum indebitum tibi dedi, eumque manumisisti, si sciens hoc fecisti, teneberis ad pretium eius; si nesciens, non teneberis, sed propter operas eius liberti, et ut hereditatem eius restituas.

(t) L. 15. pr. L. 65. §. 6. h. t. *Paul.* Indebiti soluti condictio naturalis est; et ideo etiam quod rei solutae accessit, venit in condictionem; ut puta partus, qui ex ancilla natus sit, vel quod alluvione accessit, imo et fructus, quos is, cui solutum est bona fide percepit in condictionem venient. — L. 38. de usur. (21. 1.).

(u) L. 26. §. 12. L. 65. §. 5. h. t. *Paul.* Ei qui indebitum repetit et fructus, et partus restitui debet deducta impensa.

b) Se all'incontro furono pagate cose fungibili, la *condictio indebiti* è diretta alla restituzione della medesima quantità e qualità (w); ma il supposto creditore può essere condannato anche in meno, qualora provasse di quanto si è cambiato lo stato del suo patrimonio (v).

c) Se furono prestati servigi indebitamente se ne può ripetere il prezzo di stima (x).

d) Se fu promessa o rilasciata indebitamente qnalche cosa, nel primo caso si pretenderà la liberazione, nel secondo il pagamento della cosa rilasciata (y).

6) Sull'obbligo della pruova vi è la regola che l'attore è obbligato a provare il pagamento di un indebito e l'errore che fu cagione di un simile pagamento (z). Da questa regola si eccettua:

a) Quando il reo convenuto nega il pagamento, e lo prova l'attore, il primo deve provare che quello che riscosse era un vero debito (aa).

b) Quando colui che ripete è un pupillo, un minore, una donna, nn vecchio, nn soldato, un contadino o altra persona semplice ed inesperta,

(w) L. 25. de pracacr. verb. aet. (19. 5.). — L. 7. b. t. — L. 1. fin. C. h. t.

(v) Coufr. L. 3. 26. §. 12. L. 32. L. 65. §. 7. 8. L. 66. b. t. *Papinian.* Idem est, et si solutis legatis nova et iuopiuata causa bereditatem abstulit, veluti uato postumo, quem heres in utero fulsse iguorabat, vel etiam ab bostibus reverso filio, quem pater obiisse falso praesumserat; uam utiles actiones postumo, vel fiiio, qui bereditatem evicerat, darl oportere lu eos, qui legstum pereeperuut, Imperator Titius Autoniuus rescripsit; scilicet quod bouae fidei possessor, lu quautum loeupletior factua est, teuetur; uee pericuium buiusmodi nomiuum ad eum, qui siue culpa solvit, pertiuebit. — L. 8. §. 22. de transaet. (2. 15.). Ved. *Vangerow*. §. 625. au. not. 3. — *Wächter*. Arch. civ. XV. pag. 122. — *Arndts*, §. 341. auuot. 7. L'aualogia ebe si è voluto vedere iu questo caso tra l'obbligo nascente dall'iudebito, e il mutuo, per eui si uegava al reo couveuuto la facoltà di pagare iu meno è seuza foudamento. Ved. *Heimbach*, teoria dei guadaguo pag. 131. — *Haimberger*, §. 594.

(x) L. 26. §. 12. b. t.

(y) L. 31. 39. b. t. *Ulp.* Is, qui plus, quam bereditaria portio effieit, pro errore creditori caverit, ludebitl promissi babet coudietiouem.—L. 3. C. b. t.—L. 2. §.3-4. de douat. (39. 5.).

(z) L. 25. de probat. (22. 3.). *Paul.* Quum de indebito quaeritur, quis probare debet, nou fuisse debitum, rea lta temperauda est, ut, al quidem ls, qui aeeepisse dicitur rem vel peeuniam indebitam, boc uegaverit, et lpse, qul dedit, legitimis probatiouibus solutiouem approbaverit, siue ulla distiuetioue lpsum, qui uegavit sese pecuuiam aeeepisse, si vult audirl, compelleudum esse ad probatioues praestaudas, quod peeuuiam debltam aecepit; per eteuim absurdum est, eum, qul ab iuitio uegavit peeuniam suscepisse, postquam fuerit couvietus eam aecepisse, probatiouem nou debiti ab sdversario exigere. Sin vero ab iuitio coufiteatur quidem auscepisse peeuuias, dicat autem, uou iudebitas ei fuisse soiutas, praesumtiouem videlicet pro eo esse, qui aecepit, uemo dubitat; qui euim solvit, uuuquam ita resupiuus est, ut faeile suas pecuuias iactet, et iudebitas effuudat; et maxime ai ipse, qui iudebitas dedisse dieit, homo diiigens est et studiosus paterfamilias, cuius persouam iueredibile est lu aliquo faeile errasse; at ideo eum, qui dicit iudebitas solvisse, compelii ad probationes, quod per dolum aeeipieutis vel aliquam iustam iguorautiae causam indebitum ab eo solutum, et uisi hoc osteuderit, uullam eum repetitiouem habere.

(aa) L. 25. pr. cit. — Ved. not. preced.

il reo convenuto deve provare che quello che si è pagato è stato un vero debito; quest'eccezione ha luogo quando cosiffatte persone avessero asserito essere tutto il pagamento indebito; se al contrario esse ne avessero domandato una sola parte come indebita, la pruova dovrebb'esser fatta dal richiedente (bb).

7) Se la *condictio* è diretta ad un documento di credito, bisogna distinguere tra una *cautio discreta* e *indiscreta;* quando la *causa debendi* è determinata nel documento, l'attore deve provare per mezzo di altri documenti, ch'egli avea promesso indebitamente; negli altri casi quando cioè non è determinata la *causa debendi*, il reo convenuto deve provare, che quel chirografo contenga una vera costituzione di debito (cc).

ANNOTAZIONE

Sul carattere dell'errore utile a fondare la *condictio indebiti* non sono di accordo i giureconsulti. Alcuni vogliono che l'errore di dritto escluda assolutamente la *condictio* (dd); altri non mettono distinzione tra errore di fatto ed errore di diritto (ee); finalmente altri distinguono l'errore di diritto scusabile e non scusabile ed opinano che quest'ultimo solo escluda la *condictio indebiti* (ff). Secondo la teoria generale dell'errore altrove esposta (§. 44), l'ultima opinione è la più giusta. La seconda delle tre opinioni cioè che la *condictio indebiti* è ammessa per ogni errore senza fare distinzione se scusabile o no, potrebbe essere solamente giustificata,

(bb) L. 25. §. 1. 2. cit. *Paul.* Sin autem is, qui indebitum quaeritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectae aetatis, sed miles, vel agricultor, et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, et desidiae deditus, tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere. Sed haec ita, si totam summam indebitam fuisse solutam is, qui dedit, contendat; sin autem pro parte quaeritur, quod pars pecuniae solutae debita non est, vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito postea ignarus iterum solvit, vel exceptione tutus errore eius pecunias dependit, ipsum omnimodo hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit, vel iam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens proiecit pecuniam, secundum generalem regulam, quae eos, qui opponendas esse exceptiones affirmant, vel solvisse debita contendunt, haec ostendere exigit. — La singolarità di queste eccezioni e specialmente dell'ultima contro ogni regola sulla pruova fa a ragione sospettare i giureconsulti che questa legge non è genuina come Paolo la scrisse. — Ved. *Vangerow*, § 625. ann. 2.— *Kritz*, casi giuridici vol. III. p. 1.— *Römer*, la forza della pruova rispetto all'errore Stuig. 1852.

(cc) L. 25. §. 4. cit. *Paul.* Sed haec ubi de solutione indebiti quaestio est, hic autem cautio indebite exposita esse dicatur et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit; tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse. — L. 13. C. de non numer. pecun. (4. 30.).

(dd) *Seuffert*, comp. §. 436. — *Schweppe*, §. 615. — *Göschen*, 637.

(ee) *Mühlenbruch*, arch. di prat. civ. II. §. 419. — *Kritz*, o. c. I. pag. 244.

(ff) *Savigny*, sist. III. pag. 447. — *Puchta*, Pand. §. 309. — *Arndts*. §. 341.

quando l'errore nel pagamento di un indebito fosse di tal natura da escludere perfettamente la volontà, ma è inutile dimostrare non essere questo il caso. D'altra parte la prima opinione è perfettamente contraria ai principii fondamentali sulla teoria dell'errore; imperocchè colui che chiede la restituzione di un indebito non fa controversia de *lucro captando*, ma vi è un caso del vero *damnum*. Per la qual cosa stando ai principii generali sull'errore, bisogna stabilire che per sostenere la *condictio indebiti*, esso debba essere scusabile indipendentemente se di fatto o di diritto.

Quantunque le leggi non facciano distinzione sulla qualità dell'errore, ma chiedono che nella *condictio indebiti* vi fosse un errore senza dire se scusabile o no, pure è chiaro che non faceva d'uopo in ogni caso speciale ripetere le categorie, quando in generale si era determinato quale errore potesse generare conseguenze giuridiche. D'altra parte non mancano leggi, le quali ricercano in questa circostanza l'errore scusabile. E di vero oltre la legge 25. *de probat.* (22. 3), giova riportare le parole della L. 10. C. *de iur. et facti ign.* (1. 18): « Quum quis ius ignorans indebi» tam pecuniam persolverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum » repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est (gg). » Ora è conosciuto che nel linguaggio de' testi le parole *iuris ignorantia*, e *facti ignorantia* equivalgono all'errore scusabile e non scusabile, e dove non si fa distinzione tra scusabilità e non scusabilità, si cessa anche dalla differenza tra errore di diritto e di fatto.

Nondimeno dalle leggi citate si potrebbe non senza aggiustatezza dedurre la conseguenza che ogni errore di diritto, sia anche scusabile, escluda la *condictio indebiti*. Queste espressioni delle leggi non sono in contraddizione con la nostra opinione, quando si pensi che rarissimamente l'errore di diritto è scusabile; sicchè il contrario è la regola generale. Però come regola generale dobbiamo ammettere che l'errore di diritto esclude la *condictio indebiti*, meno in quei casi ben rari in cui quest'errore è scusabile.

Da ultimo vi sono leggi nelle quali si determina come possibile la *condictio indebiti* anche per l'errore di diritto; ed a questo proposito importano le seguenti parole di *Ulpiano* nella L. 1. pr. *ut in poss. legat.* (36. 4): « Quid deinde, si ignoraverit » remissam sibi satisdationem ? potest condicere. Si vero hoc non potuisse remitti » crediderit, *numquid condicere possit, qui ius ignoravit? adhuc tamen benigne » quis dixerit, satisdationem condici possit* ». Lo stesso si osserva in una serie di leggi (hh), le quali non possono supporre che un errore di diritto. Da questi passi si vede che la *condictio indebiti* è possibile ancora per l'errore di diritto; ma non deve dedursene la conseguenza che la *condictio* stessa sarebbe ammessa senza fare distinzione tra errore scusabile e non scusabile, perchè anche l'errore di diritto è alle volte scusabile (ii).

(gg) Ved. anch. L. 9. §. 5. de iur. et fact. ignor. (22. 6.). — L. 6. C. eod. (1. 18.). — L. 6. 7. C. h. t. — L. 9. C. ad leg. Falc. (6. 50.).

(hh) L. 32. §. 2. L. 38. 64. h. t. L. 16. §. 2. de minor. (4. 4.). — L. 16. §. 4. de public. (39. 4.). — L. 17. §. 10. ad mun. (50. 1.). — L. 4. 10. C. h. t. (4. 5.).

(ii) V. *Vangerow*, §. 6. 25.

§. 361.

b) Della condictio causa data causa non secuta.

T. D. de condictione causa data causa non secuta (12. 4.). — C. de condictione ob causam datorum (4. 6.). — *Waechter*, de condictione causa data causa non secuta, Tub. 1822.

Quando senza motivo attuale di obbligo si è trasmessa qualche cosa nel dominio altrui *propter causam futuram honestam*, e questa non segue, si può ripetere il già dato con la *condictio causa data causa non secuta*. Le condizioni perchè fosse fondata la *condictio causa data*, conosciuta ancora col nome di *condictio datorum ob causam*, sono le seguenti:

1) Bisogna che si fosse data qnalche cosa per una causa futura onesta (a), è poi indifferente se questa causa sia espressamente determinata, o si rilevi dalla natura di concrete circostanze.

2) La causa, per la quale fu dato l'obbietto, non deve essere venuta alla esistenza. Circa alla mancanza di essa per caso fortuito e senza colpa di chi ebbe la prestazione, bisogna distinguere se la *causa* consiste in una contro-prestazione dovuta da quest'ultimo, allora la *condictio* non potrà essere esercitata; in ogni altro caso spetterà sempre la restituzione.

3) Quello che fu dato non dev'esser stato prestato a causa di una relazione obbligatoria attuale, giacchè in questo caso, se non avviene la contro-prestazione, non si potrà usare la *condictio causa data causa non secuta*, ma l'azione nascente dalla relazione obbligatoria, non essendo dato l'oggetto in questo caso *ob causam futuram*, ma *solvendi causa*.

4) Ha luogo la *condictio:*

a) nei contratti innominati (§. 340);

b) nella *donatio sub modo*, quando il modo determinato nella donazione non è per colpa adempiuto (§. 67) (b);

c) nella dote *praenumerata*, quando non si contrae il matrimonio (c);

(a) L. 1. §. 1. de cond. ob turp. caus. (12. 5.). *Paul.* Ob rem igitur honestam datum ita repeti potest, si res, propter quam datum est, secuta non est. —L. 52. 65. §. 4. de cond. ind. (12. 6.). — L. 1. pr. h. t.

(b) L. 2. 3. 8. C. h. t. L. 1. 3. C. de don. quae sub modo (8. 55.).

(c) L. 6. 7. 9. h. t. *Ulp.* Si extraneus pro muliere dotem dedisset, et pactus esset, ut quoquo modo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiae secutae, quia de his casibus solummodo fuit conventum, qui matrimonium sequuntur, nuptiae autem secutae non sint, quaerendum erit, utrum mulieri condictio, an ei, qui dotem dedit, competat? Et verisimile est, in hunc quoque casum eum, qui dat, sibi prospicere; nam quasi causa non secuta habere potest condictionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato; nisi forte evidentissimis probationibus mulier ostenderit, hoc eum ideo fecisse, ut ipsi magis mulieri, quam sibi prospiceret. — L. 7. §. 3. L. 74. de iure dot. (23. 3.). — L. 1. C. h. t.

d) quando fu data qualche cosa *condictionis implendae causa* (d);

e) quando si è dato un documento di qnietanza per un pagamento da riscuotere, e questo non fu eseguito (e);

f) quando si è fatto il pagamento al falso procuratore e non seguì la *ratihabitio* (f);

g) quando non ostante la transazione avvenuta si è convenuto in gindizio, e si è condannato, colui che dava qualche cosa in virtù della transazione dopo la condanna può ripetere (g).

Le parti, come lo scopo di questa *condictio*, sono le stesse che nella *condictio indebiti*.

§. 362.

c) Della condictio ob turpem e ob iniustam causam.

T. D. de condictione ob turpem vel iniustam causam (12. 5.). — C. de condictione ob turpem causam (4. 7.).

Quando si dà qualche cosa per una causa futura che ridondi a disonore di colui che la riceve, si potrà ripeterla per mezzo della *condictio ob turpem causam*, anche quando la *causa* fosse venuta alla esistenza (a);

(d) L. 1. §. 1. L. 2. h. t. *Ulp.* Si parendi conditioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem, vel legatum, possum condicere. — L. 65. §. 3. de cond. indeb. (12. 6.). confr. L. 13. h. t.

(e) L. 4. C. de cond. ex leg. (4. 9.). *Diocl.* et *Maxim.* Si non est numeratum, quod velut acceptorum te sumsisse mutuo scripsisti, et needum transiisse tempus statutum vel intra hunc diem habitam contestationem monstrando, reddi cautionem praesidali notione postulare potes. L. 7. C. de non num. pec. (4. 30.).

(f) L. 14. h. t. *Paul.* Si procuratori falso indebitum solutum sit, ita demum a procuratore repeti non potest, si dominus ratum habuerit; sed ipse dominus tenetur, ut Iulianus scribit. Quod si dominus ratum non habuisset, etiamsi debita pecunia soluta fuisset, ab ipso procuratore repetetur; non enim quasi indebitum datum repetetur, sed quasi ob rem datum, nec res secuta sit ratihabitione non intercedente; vel quod furtum faceret pecuniae falsus procurator; cum quo non tantum furti agi, sed etiam condici ei posse. — L. 58. pr. de solut. (46. 3.).

(g) L. 23. §. 3. de cond. indeb. (12. 6.). *Ulp.* Si quis post transactionem nihilominus condemnatus fuerit, dolo quidem id fit, sed tamen sententia valet; potuit autem quis, litem contestatam transegerit, volenti litem contestari opponere doli exceptionem; sed si post litem contestatam transactum est, nihilominus poterit exceptione doli uti post secuti, dolo enim facit, qui contra transactionem expertus amplius petit; et ideo condemnatus repetere potest, quod ex causa transactionis dedit. Sane quidem ob causam dedit; neque repeteri solet, quod ob causam datum est, causa secuta; sed hic non videtur causa secuta, quum transactioni non stetur. Quum igitur repetitio oritur, transactionis exceptio locum non habet, neque enim utrumque debet locum habere, et repetitio, et exceptio.

(a) L. 1. §. ult. L. 3. 9. pr. h. t. *Paul.* Quodsi turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest.

questa *condictio* varrà anche quando fu data qualche cosa perchè non si commettesse un'azione immorale o criminosa (b); ovvero quando si dà qualche cosa, perchè si adempia ad un dovere (c).

Quando l'immoralità è da parte del tradente, ovvero da entrambe le parti, non avrà luogo la *condictio ob turpem causam;* e se realmente fu data qualche cosa, bisogna applicare il principio: *possessor in pari causa potior haberi debet* (d).

2) La *condictio ob iniustam causam* ha luogo quando alcuno ha ricevuto qualche cosa per una causa dalle leggi non approvata, ossia ha esatto un guadagno in forza di una commessa ingiustizia: p. e. quando taluno ricevette qualche cosa da un altro per mezzo di promessa estorta con violenza; così pure la *condictio* vale contro il *malefidei possessor* pei frutti consumati. Per essere esercitata tale azione si richiede che l'attore realmente avesse su quella cosa perduta la proprietà, ed in questo si distingue massimamente dalla *condictio furtiva*, alla quale per molte altre condizioni si somiglia, più che alle *condictiones datorum*.

§. 363.

d) Della condictio sine causa.

T. D. de condictione sine causa (12.7.);—C. de condictione ex lege et sine causa vel iniusta causa (4. 9.).

La *condictio sine causa* ha generalmente luogo, quando fu data qualche cosa o per una causa la quale fino *ab initio* è insufficiente, ovvero quando esisteva già la *causa* e dopo è cessata (a);

1) Questa *condictio*, quando la causa non esiste fin dal principio, si applica nei seguenti casi:

(b) L. 2. pr. L. 4. §. 2. h. t. *Ulp.* Utputa dedi tibi, ne sacrileginm facias ne furtum, ne bominem occidas; in qna apecie Iuiiauus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas, condici posse.

(c) L. 2. §. 1. L. 4. §. 4. L. 9. §. 1. h. t. *Ulp.* Idem si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositum apnd te; vel instrumentum mihi redderes.

(d) L. 2. 5. C. h. t. *Diocl.* et *Maxim.* Mercalem te hahnisse uxorem proponis, unde intelligis, et confessionem lenocinii preces tuas contiuere, et cautae quantitatis ob turpem causam exactioni iocum non esse. Quamvis enim utriusque turpitudo versatur, ac solnta quantitate cessat repetitio, tamen ex huiusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegaudas asse actiones, iuris auctoritate demonstratur. — L. 120. de R. I. (50. 17.).—L. 8. h. t.—L. 5. §. 1. de calnmn. (3. 6.). — L. 5. pr. de cond. sin. caus. (12. 7.).

(a) L. 1. §. 2. h. t. *Ulp.* Sive ab initio sine causa promissnm est, sive fuit causa promittendi quae finita est, vel secnta non est, dicendnm est, condictioni locnm fore. §. 3. Constat, id demum posse condici alicui, qnod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam.

a) quando scientemente fu data qualche cosa per un affare vietato; così essa sarà applicabile quando scientemente si sono pagati debiti di giuoco, o usure indebite; quando qualcuno ha guadagnato qualche cosa per patto commissorio nel contratto pignoratizio (b). Al contrario quando fu data qualche cosa per un affare non propriamente nullo, che può anzi divenire obbligatorio, non avrà luogo la *condictio* una volta che si è pagato scientemente; poichè si suppone nel pagamento una donazione (c). Questo principio non s'applica quando appunto la donazione è considerata non obbligatoria, come ad esempio una grossa donazione senza insinuazione, ovvero una donazione tra coniugi, giacchè in questi casi vi sarà sempre luogo alla restituzione (d).

b) Sarà fondata egualmente la *condictio* quando si è data qualche cosa per uno scopo giuridicamente impossibile (e);

c) quando la prestazione è stata fatta da chi non aveva il diritto di alienare (f);

d) quando chi consegnava la cosa aveva in mente un contratto diverso da quello cui l'altro pensava: ma necessariamente tale che fondasse per lui il diritto a ripetere; ovechè se avesse dato *quasi donaturus*, alla *condictio* si potrebbe opporre la *exceptio doli* (g).

e) Finalmente a questi casi appartiene l'altro già osservato nel mutuo (pag. 429), cioè quando do la facoltà al mio debitore di pagare la moneta dovuta a Tizio, che la riterrà come mutuo, e Tizio scambia la persona del mutuante, io posso ripetere quello che si è dato con la *condictio sine causa*, conosciuta qui col nome di *condictio Iuventiana* (h).

2) La *condictio sine causa* ha luogo per una causa che ha cessato di essere nei seguenti casi:

(b) L. 5. C. de legib. (1. 14.). — L. 18. C. de usur. (4. 32.). *Philip.* Indebitas usuras etiam si ante sortem solutae non fuerint, ac propterea minuere eam non potuerint licet post sortem redditam creditori fuerint datae, exclusa iuris varietate repeti posse, perpensa ratione firmatum est. — L. 3. C. de aleat. (3. 43.). — L. ult. C. de pact. pign. (8. 35.). confr. L. 8. de trans. (2. 15.). — L 23. §. 2. de cond. indeb. (12. 6.). — L. 8. C. de transact. (2. 4.).

(c) L. 53. de R. I. (50. 17.).

(d) L. 5. §. ult. L. 6. de donat. inter vir. et uxor. (24. 1.). — L. 27. 36. §. 3. C. de don. (8. 54.).

(e) L. 5. §. 1. h. t. *Papin.* Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupsit; cessare condictio prima facie videtur, quoniam iure gentium incestum committitur; atqui vel magis in ea specie nulla causa dotis dandae fuit. Condictio igitur competit.

(f) L. 29. de cond. indeb. (12. 6.). *Ulp.* Interdum persona locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit; nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem extant nummi, vindicabuntur, consumtis vero condictio locum habebit.

(g) L. 19. pr. §. 1. de reb. cred. (12. 1.).

(h) L. 32. eod. — Ved. §. 358. not. (g).

a) in una donazione *mortis causa*, quando nasce un motivo di rivocazione (i);

b) nella donazione semplice rivocata per ingratitudine (k);

e) nelle donazioni tra fidanzati, quando gli sponsali si sono annullati (l);

d) per riavere la caparra dopo la conchiusione del contratto (m);

e) per riavere il documento del debito dopo ehe questo fu estinto (n);

f) quando furono date cose in quasi-usufrutto dopo terminato l'usufrutto (o).

Senonchè quando la eosa data, trovasi ancora presso di chi l'ebbe, può usarsi della rivendicazione, e la *condictio* sarà esclusa. Però la *condictio* avrà luogo, quando le cose date furono consumate (p).

Sebbene questa *condictio* è una *condictio datorum*, pure può aver luogo in alcuni casi che non le altre, speeialità che la distingue dal carattere generale delle altre *condictiones datorum;* essa può esser coneessa per la restituzione di eiò che uscì dal patrimonio di qualcuno, senza ehe questi realmente l'avesse trasmesso ad altri, purchè vi fossero in generale i requisiti, eioè *non ex iusta causa ad eum pervenit;* imperocchè anehe in questo caso vi è un ingiusto arricchimento a spese di altri, pe' quali d'altra parte non sarebbe fondata l'azione di rivindica. Questo è il caso quando un *bonaefidei possessor*, il quale non ha ehe un titolo putativo aliena la mia cosa, e per me non è più possibile la *vindicatio,* allora posso farmi restituire per mezzo della *condictio* quello di cui è addivenuto più ricco il *possessor* per mezzo dell'alienazione (q). Lo stesso si diea quando alcuno ha soddisfatto il creditore con cose non sue, ed il proprietario non

(i) L. 35. §. 3. de mort. caus. donat. (39. 6.). *Paul.* Si duobus debitoribus mortis causa creditor uni acceptum tulit, et convaluerit, eligere potest utri eorum condicat.

(k) L. 7. C. de rev. donat. (8. 56.). — Ved. §. 66.

(l) L. 15. C. de donat. ant. nupt. (5. 3). — Ved. §. 105.

(m) L. 11. §. 6. de act. emt. vend. (19. 1.). — Ved. §. 347.

(n) L. 2. C. h. t. *Diocl.* et *Maxim.* Dissolutae quantitatia retentum instrumentum inefficax penes creditorem remanere, et ideo per condictionem reddi oportere, non est iuris ambigui.

(o) L. 5. §. 1. de usufr. ear. rer. (7. 5.). — Ved. §. 183.

(p) L. ult. fin. usufr. quem. cavant. (7. 9.). — L. 11. §. 2. de R. C. (12. 1.). — L. 29. 53. de cond. indeb. (12. 6.). *Procul.* Dominus testamento servo suo libertatem dedit, si decem det; servo ignorante id testamentum non valere, data sunt mihi decem; quaeritur, quis repetere potest? Proculus respondit, si ipse servus peculiares numos dedit, quum ei a domino id permissum non esset, manent numi domini, eosque non per condictionem, sed in rem actione petere debet. Si autem alius rogatu servi suos numos dedit, facti sunt mei, eosque dominus servi, cuius nomine dati sunt, per condictionem petere potest. Sed tam benignius, quam utilius est, recta via ipsum, qui numos dedit, suum recipere. — L. 5. §. 18. de donat. int. vir. et uxor. (24. 1.). — §. 2. Inst. quib. alien. (2. 8.).

(q) L. 1. §. 3. h. t. — Ved not. (a) conf. L. 23. de reb. cred. (12. 1.).

possa più rivendicarle, allora è a lui concessa la *condictio* (r), la quale potrà esercitarsi sol quando non sia possibile la rivendicazione (s).

§. 366.

C. Del comodato.

T. D. commodati vel contra (13. 6.); — C. de comodato (4. 23.). — E. *Schmidt*, il comodsto ed il precario, Lips. 1844.

Il comodato è quel contratto reale per cui mezzo qualcuno dà ad un altro gratuitamente una cosa *quae usu non consumitur* per un determinato uso, con l'obbligo a costui di restituirla in ispecie dopo terminato l'uso: chi dà la cosa in uso chiamasi *comodante, comodatario* chi la riceve.

Il precario si distingue dal comodato massimamente in ciò, che per mezzo di quest'atto giuridico le cose vengono date per un tempo indeterminato, sicchè il *precarium dans* potrà richiedere l'oggetto in qualunque tempo.

Circa all'obbietto il comodato può consistere tanto in cose mobili quanto immobili, tanto corporali quanto incorporali (a).

In generale il comodato è fatto sempre in interesse del comodatario; ma è possibile che fosse fatto in interesse di entrambi, ovvero nel solo interesse del comodante (b).

1) Il comodatario può fare della cosa il solo uso determinato dal contratto; se abusa, come comodandolo altrui, si rende colpevole di furto (c).

(r) L. 15. §. 1. L. 46. 53. de cond. indeb. (12. 6.). — L. 9. §. 1. ad SC. Maced. (14. 6.). *Ulp.* Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? Et ait Iulianus, si quidem bac conditione ei donata sit peennia, nt creditori solvat, videri a donatore perfectam protinus ad creditorem, et fieri numos accipientis; si vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse, et ideo, si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere. — L. 67. de inr. dot. (23. 3.).

(s) L. 4. §. 2. de reb. cred. (12. 1.). — L. 24. §. 1. L. 30. pr. de act. emt. vend. (19. 1.).

(a) L. 1. §. 1. b. t. *Ulp.* Huius Edicti interpretatio non est difficilis; unum solummodo notandum, quod qui Edictum concepit, commodati fecit mentionem, quum Pacuvius utendi fecit mentionem. Inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem sit tantum interesse, quantum inter genus et speciem; commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. Sed, ut apparet, proprie commodata res dicitur, et quae soli est; idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse sit. — L. 17. de praescr. verb. (19. 5.).

(b) L. 5. §. 10. L. 18. h. t. *Ulp.* Interdum plane dolum solum in re commodata, qui rogavit, praestabit; utputa si quis ita convenit, vel si sua duntaxat causa commodavit, sponsae forte suae, vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens Praetor scenicis commodavit, vel ipsi Praetori quis ultro commodavit.

(c) §. 6. 7. Inst. de obl. quae ex del. (4. 1.).—L. 10. pr. b. t.—L. 54. §. 1. de furt. (47. 2.).

Egli è tenuto per l'oggetto di *omnis culpa*, ma non pel caso fortuito; quando il comodato è fatto in interesse di entrambi, sarà il comodatario tenuto della *diligentia in concreto* (d); se il comodatario non ha nessuno interesse, sarà solo tenuto di dolo e colpa lata (e).

Terminato l'uso, il comodatario sarà obbligato di restituire l'oggetto. Da tale obbligo non potrà liberarsi con la eccezione che la cosa appartenga a lui stesso, ovvero a un terzo, purchè questi non ne avesse provata la proprietà (f): l'azione concessa al comodante per attuare il suo diritto di restituzione è l'*actio commodati directa*.

2) Il comodante è dalla sua parte obbligato a lasciare l'oggetto nelle mani del comodatario fino al compimento dell'uso, quantunque ne abbisognasse egli stesso (g). In caso che il comodatario avesse fatto per la cosa

Gai. Eum, qui quod utendum accepit, ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est. Ex quo satis apparet, furtum fieri, et si quis usum alienae rei in suum lucrum convertat; nec movere quem debet, quasi nihil lucri sui gratia faciat. Species enim lucri est, ex alieno largiri, beneficii debitorem sibi acquirere. Unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet.

(d) L. 18. pr. h. t. *Gai.* In rebus commodatis talis diligentia praestanda est qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. Quod autem de latronibus, et piratis, et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res, ut eam rem peregre secum ferat; alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum, et latronum, et naufragii casum praestare debet. Haec ita, si duntaxat accipientis gratia commodata sit res; at si utriusque veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas, sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet. — L. 13. §. 1. L. 14. de pign. act. (13. 7.).

(e) L. 5. §. 10. h. t. — Ved. not. (b).

(f) L. 15. 16. h. t. *Paul.* Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus. *Marcel.* ita ut, etsi fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem. — L. 25. C. de loc. et conduct. (4-65.). — L. 31. §. 3. depos. (16. 3.).

(g) L. 17. §. 3. h. t. *Paul.* Sicut autem voluntatis et officii magis, quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est, qui beneficium tribuit. Quum autem id fecit, id est, postquam commodavit, tunc finem praescribere, et retro agere, atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumve geritur enim negotium invicem, et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles, ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit. Neque enim impune peritura deseret, suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset; voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo; nam si negasses, vel emissem, vel testes adhibuissem. Idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodaveris; adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.

delle spese straordinarie, il comodante è obbligato a rimborsarle (h), e se quest'ultimo riscosse il prezzo della cosa perduta per colpa del comodatario, e poi riebbe anche la cosa in natura, è obbligato a restituire o la cosa o il prezzo al comodatario (i). L'azione data al comodatario per realizzare questo suo diritto è detta *actio commodati contraria* (k).

§. 365.

D. Del deposito.

T. D. depositi vel contra (16. 3.), — C. h. t. (4. 34.).

Il deposito è quel contratto reale in forza del quale si dà altrui una cosa mobile, affinchè gratuitamente la custodisca con obbligo di restituirla a qualunque richiesta (a).

1) Il depositario deve custodire l'oggetto depositato, in caso che ne usasse, si rende colpevole di furto (b); è tenuto per dolo e colpa lata, e in caso che l'avesse promesso, sarà tenuto anche per *omnis culpa;* lo stesso si dica se egli ha interesse nel deposito e pregò che le cose si deponessero presso di lui (c). Il depositario deve restituire l'obbietto del deposito; qualunque patto aggiunto per limitare un tale diritto è di nessuna importanza, sicchè non potrà aver luogo compensazione, diritto di riten-

(h) L. 18. §. 2. h. t. *Gai.* Possunt iustao causao interveniro, ex quibus cum eo, qui commodasset, agi deberet, veluti de impensis in valetudinem servi factis, quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent; nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. Sed et id, quod de impensis valetudines aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet, modica enim impendia verius est, ut, sicuti cibariorum, ad eundem pertineant.

(i) L. 17. §. 5. h. t. *Paul.* Rem commodatam perdidi, et pro ea pretium dedi, deinde res in potestate tua venit, Labeo ait, contrario iudicio, aut rem mihi praestare te debere, aut, quod a me accepisti reddere.

(k) L. 17. §. 1. eod. *Paul.* Contraria commodati actio etiam sine principali moveri potest, sicut et ceterae, qui dicuntur contrariae.

(a) §. 3. Inst. quib. mod. re contr. (3. 14.). — L. 1. pr. §. 8. 9. 12. 13. h. t. *Ulp.* Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo, quod ponitur, praeposito enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet. L. 3. §. 24. vi bon. rapt. (47. 8.).

(b) L. 29. h. t. *Paul.* Si sacculum vel argentum signatum deposuero, et is, penes quem depositum fuit, me invito contrectaverit, et depositi, et furti actio mihi in eum competit.—§. 6. Inst. de oblig. quae ex del. (4. 1.). — L. 3. C. h. t.

(c) L. 1. §. 35. h. t. *Ulp.* Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur, utputa si hoc nominatim convenit; sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit, periculo se depositi illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

zione, nè l' eccezione che la cosa appartenga a lui (d), eccetto se al momento del deposito ne affermò sua la proprietà (e).

Più depositarii sono obbligati in *solidum* (f). Se sono più i deponenti tutti hanno diritto *pro rata,* ma se ciò non sia possibile, per l'indivisibilità dell'oggetto, l'uno di essi può chiedere il tutto prestando cauzione di soddisfare gli altri; in ogni caso può depositarla in una *aedes sacra* (g). Per attuare questi diritti il deponente ha l'*actio depositi directa* la quale è una delle azioni famose.

2) Il deponente è obbligato a rimborsare le spese necessarie, ovvero quelle che egli stesso fece fare rispetto all'oggetto depositato (h); per ripetere dal deponente questi obblighi è data al depositario l'*actio depositi contraria* (i).

3) Quando furono depositati oggetti nella contingenza di un tumulto, di un incendio o di un naufragio, il deposito è conosciuto dai testi col nome di *depositum miserabile;* se il depositario si rende colpevole di dolo l'*actio depositi* è diretta al doppio; l'azione in mancanza del depositario va in *solidum* contro gli eredi; però se questi sono convenuti in giudizio per il dolo dell'antecessore, l'azione è diretta al *simplum,* in caso che sono convenuti per il proprio dolo, l'azione sarà diretta anche al doppio. L'azione contro il depositario come contro i suoi eredi è perpetua (k).

4) Secondo la natura del deposito, la proprietà resta sempre al de-

(d) L. 1. §. 22. 45. 46. h. t. *Ulp.* Est autem et apud Iulianum libro tertio decimo Digestorum scriptum, eum, qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere; hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. Marcellus autem ait, non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat; quid enim, si in provincia res sit, vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore, non sit facultas, vel conditio depositionis non extitit? — L. 11. pr. C. h. t. — §. 3. Inst. de act. (4. 6.). — L. 14. §. 1. C. de compensat. (4. 31.).

(e) L. 15. 31. §. 1. h. t. *Iulian.* Qui rem suam deponi apud se patitur, vel utendam rogat, nec depositi, nec commodati actione tenetur, sicuti qui rem suam conducit, aut precario rogat, nec precario tenetur, nec ex locato.

(f) L. 1. §. 43. h. t. *Ulp.* Si apud duos sit deposita res, adversus unumquemque eorum agi poterit, nec liberabitur alter, si cum altero agatur; non enim electione, sed solutione liberantur. Proinde si ambo dolo fecerunt, et alter, quod interest, praestiterit, alter non convenietur exemplo duorum tutorum. Quodsi alter vel nihil, vel minus facere possit, ad alium pervenietur. Idemque et si alter dolo non fecerit, et idcirco sit absolutus, nam ad alium pervenietur.

(g) L. 1. §. 36. 44. L. 14. pr. h. t.

(h) L. 12. pr. L. 23. h. t. *Modestin.* Actione depositi conventus servo constituto cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur.

(i) L. 5. pr. h. t. *Ulp.* Ei, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur; in quo iudicio merito in litem non iuratur, non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius, qui depositum suscepit.

(k) L. 1. §. 1-4. L. 18. h. t. *Nerat.* De eo, quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa depositum est, in heredem de dolo mortui actio est pro hereditaria portione et in simplum, et intra annum quoque; in ipsum et in solidum, et in duplum, et in perpetuum datur.

ponente, sicchè il depositario è obbligato a restituire il medesimo oggetto in ispecie. Però quando è dato al depositario una massa di cose fungibili p. e. una somma di danaro non suggellata, ma numerata, sicchè il vero obbietto del deposito non è rappresentato dai singoli pezzi di moneta, ma dal valore e dalla somma complessiva, allora la proprietà passa al depositario, e con la proprietà tutto il pericolo, egli sarà quindi obbligato a restituire la medesima quantità (l). Imperocchè l' intenzione del deponente è di riavere la somma numerata a qualunque richiesta, e però implicitamente si dà facoltà al depositario di servirsi dei singoli pezzi. Un tale affare giuridico si assomiglia al mutuo, poichè come in questo, la proprietà ed il pericolo passano al depositario; non ostante in tutto il resto dev' essere considerato come deposito, onde è appellato propriamente *depositum irregulare*. L'azione dunque per chiedere la somma depositata non è la *condictio certi ex mutuo*, ma l'*actio depositi* (m), nè ad essa può essere opposta l'eccezione di compensazione. Circa agl' interessi in questo affare non solo si determinano le usure nascenti dalla mora, ma possono essere ancora convenute con un semplice patto aggiunto e ripetute con la medesima *actio depositi directa* (n); anzi essendo questo contratto di bnona fede, il reo convenuto con l'*actio depositi* può essere condannato anche alle usure non stabilite, quando specialmente il deponente dette facoltà al depositario di servirsi del denaro depositato (o). Qnando però un tale de-

(l) L. 31. loc. cond. (19. 2.). *Alfen*. In navem Sanfeii quum compiures frnmentum confuderant, Sanfeius uni ex bis frumentnm reddiderat de communi, et navis perierat; qnaesitnm est, an ceteri pro sua parte frumenti cum nanta agere possunt oneris aversi actione? Respondit, rerum locatarnm duo genera esse, ut ant idem redderetur, aicuti qnum vestimenta fuiioni cnranda iocarentnr, aut eiusdem generis redderetur, velnti qunm argentum pusuiatnm fabro daretur, ut vasa fierent, ant anrum, ut annnii; ex superiorc causa rem domini manere, ex posteriore in creditnm iri. Idem iuris esse in deposito; nam si quis pecnniam numeratam ita deposuisset, ut neqne ciansam, neqne obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihii aiiud eum debere, apnd qnem deposita esset, nisi tantundem pecuniae soivere; secundum quae videri triticnm factum Saufeii, et recte datum.

(m) L. 25. §. 1. h. t. *Papinian*. Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usnras quoqne iudicio depositi condemnandus est.

(n) L. 24. 25. §. 1. L. 26. §. 1. L. 28. b. t. *Paul*. Lncius Titius ita cavit: suscepi habeoque apnd me titulo depositi snpra scripta denarium argenti decem miilia, meque ad praescriptnm omnia pracstitnrum et promitto ct profiteor, conventione scilicet inita, ut qnoad omne argentnm reddatur, in singulos menses singuiasque libras usurarum nomine quaternos tibi oboios subministrem. Quacro, an nsurae peti possnnt? Panlus respondit, eum contractnm, de quo quaeritur, depositae pecuniae modnm excedere; et ideo secundum conventionem usnrae quoque actione depositi peti possunt.

(o) L. 29. §. 1. b. t. *Paul*. Si ex permissn meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, nt in ceteris bonae fidei indiciis, usuras eius nomine praestare mihi cogitur.—Ved. *Vangerow*, §. 630. in contr.—*Dedekind*, comm. iurid. de contract. qnem. irregul. depos. prohib. Woifenb. 1753.—*Zoller*, quaestio iur. contr. an detur depos. irregul. 2. Lips. 1775.

posito è fatto presso un *argentario*, a cui si pagano gli interessi, dev'essere considerato come mutuo in quanto che pel deponente è escluso il *beneficium exigendi* che altrimenti avrebbe (p).

Se al contrario l'intenzione delle parti dopo fatto il deposito si consiglia di cambiare il deposito in mutuo, dandosi in prosieguo o dopo un determinato tempo l'uso della cosa, basta a tale scopo il contratto già compiuto, imperocchè pel cambiamento dell'*animus* la sola detenzione si converte in una *possessio*, che opera il passaggio della proprietà (q).

§. 366.

E) Del contratto di pegno.

T. D. de pignoratitia actione vel contra (13. 7); — C. de pignoratitia actione (4. 24.).

Il contratto di pegno è quel contratto reale per mezzo del quale il debitore o un altro per lui trasferisce nel possesso del creditore una cosa propria a garantia di un diritto di obbligazione, a patto di riaverlo appena l'obbligazione si estingue (a).

1) Gli obblighi del creditore pignoratizio sono: di custodire la cosa impegnata, e di esser tenuto per ogni colpa (b). Egli ha il semplice possesso naturale, giacchè il civile resta al debitore (§. 150); quindi il primo non può usare dell'oggetto, e se ciò facesse, commetterebbe un furto di uso, salvo che non gliene fosse stato espressamente concessa la facoltà (c): dopo estinta l'obbligazione deve restituire l'oggetto. Questi obblighi sono fatti valere per mezzo dell'*actio pignoratitia in personam directa*.

2) Il debitore è obbligato a prestare cauzione in caso di evizione, e, se agì dolosamente (d), deve rifare il creditore pignoratario delle spese

(p) L. 7. §. 2. h. t. — L. 24. §. 2. de reb. auct. iud. (42. 5.).

(q) L. 9. §. 9. L. 10. de reb. cred. (12. 1.). — L. 1. §. 34. h. t. *Ulp.* Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut, si voluisses, utereris, priusquam utaris, depositi teneberis.

(a) Sul carattere giur. del pegno come diritto reale. — Ved. vol. I. lib. III. cap. 5.

(b) §. 4. Inst. quib. mod. re contr. obl. (3. 14.). — L. 13. §. 1. L. 14. h. t. *Ulp.* Venit autem in hac actione et dolus, et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis maior non venit. *Paul.* Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.

(c) §. 6. Inst. de obl. quae ex del. (4. 1.). — L. 11. §. 1. de pign. (20. 1.). *Marcian.* Si *ἀντίχρησις mutuus pignoris usus pro credito* facta sit, et in fundum, aut in aedes aliquis inducatur, eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, quum in usuras fructus percipiat aut locando, aut ipse percipiendo habitandoque; itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.

(d) L. 16. §. 1. L. 31. L. 32. 36. §. 1. h. t. *Paul.* Contrariam pignoraticiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam, vel alii pignoratam, vel in publicum obli-

necessarie o da lui approvate (e); per attuare questi dritti il creditore ha *l'actio pignoratitia in personam contraria* (f).

§. 367.

1) Dei patti aggiunti al contratto di pegno.

1) Tra creditore e debitore può essere stabilito che il primo invece di esigere gl'interessi del suo credito, percepisca i frutti dell'oggetto impegnato: questa è l'*antichresis*, ed il patto per mezzo del quale è stabilita appellasi quindi *pactum antichreticum* (a).

Se l'anticresi consiste a riscuotere gl'interessi di un altro credito, il creditore è obbligato a darne conto, sicchè se superano gl'interessi del proprio, si diffalca il capitale; se al contrario furono concessi i frutti naturali di una cosa immobile, il creditore non è obbligato a darne conto, salvo che non si fosse contrariamente pattuito, ovvero non fosse un atto per mascherare usure illecite (b). Da ultimo se fu dato in anticresi l'uso di una cosa, bisogna distinguere se il creditore l'usava egli stesso o la dava a nolo e in fitto; nel primo caso egli non è mai obbligato a darne conto, nel secondo caso sempre (c).

gatam dedit, tenebitur, quamvis et stellionatus crimen committat. Sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? Et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia, quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, ut Marcellus libro sexto Digestorum scribit. Sed si sciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrarium ei non competit.

(e) L. 8. pr. 25. h. t. *Ulp.* Si servos pignoratos artificiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos, vel voluntate debitoris, erit actio contraria; si vero nihil horum intercessit, si quidem artificiis necessariis, erit actio contraria, non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumtuum debitor. Sicut enim negligere creditorem dolus et culpa, quam praestat, non patitur, ita nec talem efficere rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum puta saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres; alioquin non est aequum, aut quaerere me alios creditores, aut cogi distrahere, quod velim receptum, aut tibi penuria coactum derelinquere. Medie igitur haec a iudice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur. — L. 7. C. h. t.

(f) §. 4. Inst. quib. mod. re contr. obl. (3. 14.).

(a) L. 33. de pign. act. (13. 7.). — L. 11. §. 1. de pign. (20. 1.). — Ved. §. prec. not. (c). — L. 17. C. de usuris. (4. 32.).

(b) L. 1. §. 3. de pign. (20. 1.). — L. 17. C. de usur. (4. 32.). *Philip.* et *Philip.* Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu maioris percepti emolumenti, propter incertum fructuum eventum, rescindi placita non possunt.

(c) L. 14. C. eod. *Alexand.* Si ea pactione uxor tua mutuam pecuniam dedit, ut vice usurarum inhabitaret, pactoque ita, ut convenit, usa est, non etiam locando domum pensionem redegit, referri quaestionem quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam usurarum legitima-

L'anticresi può essere tacita quando il debitore per un capitale gratuito dà in pegno una cosa fruttifera; il creditore ha il dritto di riscuoterne i frutti fino alla somma degli interessi legali (d).

2) Al pegno possono essere aggiunti molti altri patti, dei quali alcuni hanno pieno vigore, come il patto che libera il venditore se la cosa perisce per caso fortuito; come quello di non alienare l'oggetto (e); altri hanno un limitato effetto, come il patto che sia permesso al creditore di alienare il pegno, il quale è valido solo per far seguire la vendita senza denunzia: come il patto, che non sia permesso al creditore di vendere, il quale produce solo d'impedire la vendita, se il creditore prima non la denunzia (f); altri in fine sono considerati di nessun momento, come il patto commissorio (g).

II. Obbligazioni nascenti da contratti consensuali

§. 368.

A. Del contratto di compra-vendita

T. Inst. de emtione et venditione (3. 23); — D. de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt (18. 1); — C. de contrahenda emtione et venditione (4. 38).

La compravendita è contratto consensuale, per cui alcuno promette di trasferire nell'altrui pieno e libero godimento una cosa in corrispettivo di una determinata somma come prezzo equivalente (a). Colui il quale dà la cosa è detto *venditor*, chi il prezzo *emtor*.

I. Circa alle parti si hanno per questo contratto le regole generali delle altre obbligazioni con le seguenti particolari eccezioni:

1) I soldati non possono comprare beni stabili nella provincia dove sono di guarnigione, eccetto le sostanze paterne vendute dal fisco (b).

rum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiore sorte potuerit contrahi locatio non ideo tamen illicitum foenus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur.

(d) L. 8. in quib. caus. pign. tac. contr. (20. 2.). *Paul.* Quum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere.

(e) L. 6. C. de pign. act. (4. 24.). — L. 7. §. de distr. pign. (20. 5.). — Ved. vol. I. §. 205.

(f) §. 1. Inst. quib. alien. lic. (2. 8.). — L. 4. 5. pr. de pign. act. (13. 7.).

(g) Ved. vol. I. pag. 588.

(a) L. 8. pr. L. 72. h. t. — §. 1. Inst. h. t.

(b) L. 9. pr. de re milit. (49. 16.). *Marcian.* Milites prohibentur praedia comparare in his provinciis, in quibus militant, praeterquam si paterna eorum fiscus distrahat; nam hanc speciem Severus et Antoninus remiserunt. Sed et stipendiis impletis emere permittuntur. Fisco autem vindicatur praedium illicite comparatum, si delatus fuerit; sed et si nondum delata causa stipendia impleta sint, vel missio contigerit, delationi locus non est.

2) I governatori non possono acquistare nelle provincie soggette al loro governo nè beni mobili nè immobili, eccetto il puro necessario (c).

3) Chi si segnala per nascita, cariche o ricchezze non può imprendere nessun affare commerciale (d).

II. Oggetto del contratto da parte del venditore è la cosa, merce, da parte del compratore il prezzo.

1) Per merce s'intende ogni oggetto in commercio, non solo corporale, ma ancora incorporale, come *nomina*, e *iura in re*, le quali tutte cose possono essere oggetti di una vendita (e): così sono oggetti di vendita tanto i dritti in *re aliena*, quanto il loro esercizio (f), come un dritto di obbligazione (g). Il danaro contante e l'opera solamente non possono essere che obbietti di una *locatio conductio* o di un contratto innominato.

Le cose che consistono in numero peso e misura sono l'obbietto della vendita in due modi, o vendute a singole unità di misura o peso, ed il prezzo dev'essere corrispondente ad ogni misura o ad ogni unità di peso *(venditio ad mensuram)* (h); ovvero vendute indipendentemente dal loro numero peso e misura, ed in questo caso vi sarà un prezzo per il tutto *(emtio per aversionem)* (i); le pratiche conseguenze di queste due specie di compra sono, che per quest'ultima il compratore non sarà mai obbli-

(c) L. 6. §. ult. de off. procons. (1. 16.). Non vero in totum xeniis abstinere debebit Proconsul, sed modum adiicere, ut neque morose in totum abstineat, neque avare modum xeniorum excedat. Quam rem Divus Severus et Imperator Antoninus elegantissime epistola sunt moderati, cuius epistolae verba haec sunt: *Quantum ad xenia pertinet, audi, quid sentimus.* Vetus proverbium est: οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων *(neque omnia, neque quovis tempore, neque ab omnibus)*; *nam valde inhumanum est a nemine accipere, sed passim vilissimum est, et omnia avarissimum.* Et quod mandatis continetur, ne donum vel munus ipse Proconsul, vel qui in alio officio erit, accipiat ematve quid, nisi victus quotidiani causa, ad xeniola non pertinet, sed ad ea, quae edulium excedant usum. Sed nec xenia producenda sunt ad munerum qualitatem. — L. 46. §. 2. de iur. fisc. (49. 14.). — L. un. §. 2. 3. C. de contr. iud. (1. 33.).

(d) L. 3. C. (4. 63.). *Honor.* et *Theodos.* Nobiliores natalibus, et honorum luce conspicuos et patrimonio ditiores perniciosum urbibus mercimonium exercere prohibemus, ut inter plebeios et negotiatores facilius sit emendi vendendique commercium.

(e) L. 34. §. 1. h. t. *Paul.* Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte fit, quas vero natura, vel gentium ius, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.

(f) L. 20. de servit. (8. 1.). — L. 12. §. 2. de usufr. (7. 1.). *Ulp.* Usufructuarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest; nam et qui locat, utitur, et qui vendit, utitur.

(g) Ved. T. D. de hered. vel. act. vend. (18. 4.) — C. (8. 39.).

(h) L. 40. §. 2. h. t. *Paul.* Qui agrum vendebat, dixit, fundi iugera decem et octo esse, et quod eius admensum erit, ad singula iugera certum pretium stipulatus erat; viginti inventa sunt; pro viginti deberi pecuniam respondit.

(i) L. 62. §. 2. h. t. *Modest.* Res in aversione emta, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emtoris pertinebit, etiamsi res assignata non sit. — confr. L. 1. §. 1. L. 2. §. 1. L. 4. §. 1. de peric. et com. rei vend. (18. 6.).

gato a dare un prezzo maggiore del promesso, quantunque acquistasse molto più di quello che abbia pensato, o che lo stesso venditore abbia indicato; d'altra parte non avrà dritto di ridurre il prezzo in caso che acquistasse meno, eccetto quando il venditore espressamente ne garantì una certa quantità.

Non è necessario che l'obbietto della vendita sia presente, o che fin dal principio fosse determinato; quando l'obbietto non è esistente al momento della vendita, bisogna distinguere l'*emtio spei*, dall'*emtio rei speratae*.

Una *emtio spei* si ha quando si compra una cosa futura la quale non è certo se verrà alla esistenza, e quando tutto il prezzo dev'essere pagato anche quando l'obbietto della obbligazione non venga alla esistenza; cosicchè la semplice speranza è in questo caso l'obbietto della compra, p. e. se si comprano tutti i pesci che si prenderanno in una retata (k). Senonchè è richiesto che il conseguimento della speranza non sia impossibile fin dal principio, giacchè in questo caso non si sarebbe obbligato al prezzo convenuto.

Differente da questa è *l'emtio rei speratae*, la quale consiste in ciò, che uno compra una cosa futura, come il futuro raccolto, sotto condizione che venga all'esistenza; per la qual cosa il prezzo allora dev'essere dato, quando la cosa viene alla esistenza e nella quantità pattuita; la qualità non ha influenza alcuna.

Tanto la *emtio spei*, quanto la *emtio rei speratae* sono contratti aleatorii: se non che l'alea nel primo è molto più forte che nel secondo, talchè nel primo nè la esistenza, nè la qualità e quantità hanno influenza di sorta sul prezzo; ovechè nel secondo si richiede la esistenza e la quantità (l).

2) Il prezzo secondo le regole dev'essere dato in moneta contante; si sta alla volontà delle parti se nel medesimo tempo fu dato parte denaro e parte cose; ovvero se in seguito si sono date cose in pagamento in vece di danaro; nè, se vi annuì il venditore, il contratto per questo cangia natura (m). Sempre il prezzo dev'essere vero certo e giusto.

(k) L. 8. h. t. *Pompon.* Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, veluti quum quasi alea emitur; quod fit, quum captus piscium, vel avium, vel missilium emitur; emtio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit, quia spei emtio est, et quod missilium nomine eo casu captum est, si evictum fuerit, nulla eo nomine ex emto obligatio contrahitur, quia id actum intelligitur. — L. 11. §. ult. L. 12. de act. emt. vend. (19. 1.).

(l) L. 39. §. 1. L. 78. §. ult. h. t. *Iulian.* Verisimile est, enim, qui fructum olivae pendentis vendidisset, et stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset, pretium constituisse ex eo, quod natum esset, usque ad decem pondo olei; Idcirco solis quinque collectis non amplius ab emtore petere potest, quam quinque pondo olei, quae collecta essent, a plerisque responsum est.

(m) §. 2. Inst. h. t. L. 9. C. de rescind. vend. (4. 44.). *Dioclet.* et *Maxim.* Pretii causa non pecunia numerata, sed pro ea pecoribus in solutum consentienti datis, contractus non constituitur irritus. — L. 4. C. de evict. (8. 45.).

a) Per ciò che riguarda la verità del prezzo, si comprende per sè stesso che quando esso è solamente apparente, vi sarà piuttosto una donazione che una vendita (n); però quando l'intenzione del venditore è di alienare l'oggetto ad un prezzo minimo per amicizia o per altri riguardi personali, proponendosi del dippiù fare una donazione, la vendita esiste *(venditio gratiosa)*, quantunque in certe circostanze è considerata come una donazione; difatti un simile affare contratto tra coniugi sarà di nessun momento (o).

b) Il prezzo dev'esser certo, ma con ciò non si voglia intendere che dev'essere assolutamente determinato, giacchè può essere anche certo, quando è relativamente determinato: p. e. *quantum pretium in arca habeo* (p). Nè è indispensabile che fosse determinato fin dal principio dai contraenti, può esser rimesso all'arbitrio del terzo; secondo una decisione di Giustiniano, per la validità di un tale contratto è richiesto che il terzo in realtà determini il prezzo; giacchè se ciò non avvenisse, l' atto della vendita sarebbe perfettamente nullo senza che l'*arbitrium boni viri* potesse essere supplito da un altro (q); lo stesso bisogna si dica, quando il terzo abbia determinato un prezzo così vile da poter essere impugnato. Rimesso il prezzo al puro arbitrio di uno de'contraenti, il *negotium* è considerato come *imperfectum* (r): se p. e. si prendesse merce da un mercatan-

(n) L. 36. h. t. *Ulp.* Quum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa exacturus, non videtur vendere. — L. 3. 9. C. h. t.

(o) L. 38. h. t. *Ulp.* Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet; toties enim dicimus, in totum venditionem non valere, quoties universa venditio donationis causa facta est; quoties vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est, venditionem valere. Hoc inter ceteros, inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est. — confr. L. 31. §. 3. de donat. inter. vir. et uxor. (24 1.).

(p) L. 7. §. 1. 2. L 37. h. t. *Ulp.* Huiusmodi emtio: *quanti tu eum emisti, quantum pretii in arca habeo*, valet; nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione, magis enim ignoratur quanti emtus sit, quam in rei veritate incertum est.

(q) L. 15. C. h. t. *Iustinian.* Super rebus venumdandis, si quis rem ita comparaverit, ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus. Quam decidentes censemus, quum huiusmodi conventio super venditione procedat: *quanti ille aestimaverit*, sub hac conditione stare venditionem, ut, si quidem ipse, qui nominatus est, pretium definiarit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis sive sine scriptis contractus celebretur, scilicet si huiusmodi pactum, quum in scriptis fuerit redactum, secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit. Sin autem ille vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto; nulla conjectura, immo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certam, an in boni viri arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerunt, quia hoc penitus impossibile esse credentes per huiusmodi sanctionem expellimus. Quod etiam in huiusmodi locatione locum habere censemus. — §. 1. Inst. h. t.

(r) L. 35. §. 1. h. t. *Gai.* Illud constat, imperfectum esse negotium, quum emere volenti sic venditor dicit: *quanti velis, quantum aequum putaveris, quanti aestimaveris habebis emtum.* — L. 13. C. h. t.

te, senza determinare il prezzo, o si commette un lavoro ad un operaio, secondo il concetto romano, non vi è in questo caso contratto di compra, ma un contratto innominato, e colui che ha dato la merce, o ha fatto il lavoro potrà pretendere un equivalente in danaro con l'*actio praescriptis verbis;* ma se vi è una aperta *iniquitas* chiedendosi troppo, il giudice potrà ridurre la domanda (s).

c) Finalmente il prezzo dev'essere giusto: non bisogna però che questa parola si prenda in un senso assoluto, ossia che il prezzo debba corrispondere esattamente al vero valore dell'oggetto; piuttosto esso si determina secondo l'offerta e la richiesta della merce, onde il venditore vende quanto più caro è possibile sulla richiesta, il compratore acquista più discretamente possibile (t); questa regola soffre eccezione quando le cose sono tassate giudiziariamente.

Secondo un rescritto di Diocleziano e Massimiano il venditore di uno stabile che non avesse ricevuto neppure la metà del vero valore, può domandare che gli sia restituito la cosa immobile mercè restituzione del prezzo per parte sua, ovvero che sia rifatto del prezzo mancante (u). Confrondando questo rescritto ai principii generali bisogna riconoscere, che esso parli di un caso singolare, giacchè anche nelle leggi posteriori una tale decisione viene perfettamente ignorata, e riconfermato al contrario il principio generale che un contratto non si potrà rescindere per un prezzo minimo, quando non vi fosse dolo (w). Giustiniano accettò nel suo Codice il rescritto di Diocleziano, conciliato con le decisioni contrarie degli altri imperatori per mezzo d'interpolazione (v). Quantunque nel rescritto si parlasse di un caso singolare, pure si è voluto estenderlo anche ad altri contratti bilaterali (x); ma indipendentemente da una tale comune opinione, un'azione per la lesione oltre la metà, *laesio enormis*, vale solamente nel contratto di compra e per il solo venditore; sol che si accetta da antichi come da moderni giureconsulti l'opinione che vi sarà in gene-

(s) L. 79. pro socio (17. 2.).

(t) L. 16. §. 4. de min. (4. 4.). — L. 22. §. 3. locat. (19. 2.). *Paul.* Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est.

(u) L. 2. §. 8. C. de rescind. vend. (4. 44.). *Dioclet.* et *Maxim.* Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit, humanum est, ut vel, pretium te restituente emtoribus, fundum venditum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel, si emtor elegerit, quod deest iusto pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.

(w) Ved. L. 1. 4. 7. C. Theod. de contr. emt. (3. 4.).

(v) Confr. L. 4. C. Theod. cit. con la L. 15. C. de rescind. vend.

(x) Ved. *Schweppe.* §. 444. — *Bucher*, diritto delle obblig. §. 67. — *Wening.* §. 250. — *Puchta*, Pand. §. 364.

rale una *laesio enormis ultra dimidium* quando uno de'contraenti non avrà ricevuto di equivalente neppure la metà di quello che ha dato. Una tale lesione darà dritto alla parte danneggiata di esercitare la stessa azione del contratto, la quale in questo caso sarà diretta alla rescissione; mentre alle parti contrarie sarà data facoltà di far restar fermo il contratto supplendo ciò che manca, ossia il *iustum praetium*, stimato l'oggetto al momento del contratto. Quest'azione va contro colui che ledeva il venditore e contro i suoi eredi, anche quando il compratore avesse alienato l'oggetto; termina quando quest'alienazione fu compiuta senza frode. Una tale azione cessa quando lo stesso danneggiato vi rinuncia, ed in fine quando l'oggetto perì per caso fortuito (y).

Qualche volta può essere dubbio se un affare è un contratto di vendita o di locazione; se taluno fa uso di una cosa mercè un equivalente con la percezione dei frutti naturali, da parte di colui che ne ha il godimento vi sarà un contratto di locazione; quandochè se i frutti saranno percetti dall'alienante e trasferiti altrui, vi sarà un vero contratto di vendita. Similmente quando si dà ad un artefice materia propria affinchè ne facesse un lavoro, vi sarà un contratto di locazione; se poi l'artefice impiegò al lavoro materia sua vi sarà contratto di vendita (z).

§. 369.

1) Dritti ed obblighi de'contraenti.

T. D. de actionibus emti venditi (19. 1); — C. b. t. (4. 49).

La compra-vendita in generale è perfetta quando i due contraenti convennero sull'oggetto e sul prezzo (a); da questo momento nessuno dei due potrà recederne. Senonchè il contratto è tuttora imperfetto quando

(y) Ved. per arg. L. 29. C. de pactis (2. 3.). — L. 38. h. t. — L. 11. C. de resc. vend. (4. 44.). — L. 145. 202. de R. I. (50. 17.). — L. 31. §. 3. de bered. pet. (5. 3.). — L. 12. §. 1. de iur. dot. (23. 3.).

(z) L. 20. 65. h. t. *Pompon.* Sabinus respondit, qnam rem nobis fieri velimus etiam veluti statnam, vel vas aliqnod, seu vestem, ut nihil aliud, quam pecnniam daremus, emtionem videri; nec posse nllam locationem esse, ubi corpus ipsum non detnr ab eo, cni id fieret; aliter atqne si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tnnc a me snbstantia proficiscitur. — L. 2. §. 1. loc. (19. 2.).

(a) L. 5. 6. C. de rescind. vend. (4. 44.). — L. 9-15. de contr. emt. (18. 1.). *Ulp.* In venditionibns et emtionibns consensnm debere intercedere palam est, ceterum sive in ipsa emtione dissentiant, sive in pretio, sive in qno alio, emtio imperfecta est. Si igitnr ego me fnndum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, qnia in corpore dissensimus emtio nulla est. Idem est, si ego me Stichnm, tn Pamphilnm absentem vendere pntasti; nam qnnm in corpore dissentiatnr, apparet, nnllam esse emtionem.

per volontà delle parti deve compilarsene uno scritto, e la scrittura non è compiuta (b).

Conchiuso il contratto nascono per il compratore ed il venditore i seguenti obblighi:

I. Il venditore è obbligato a *tradere* l'oggetto della vendita con tutte le sue pertinenze, così pure i frutti pendenti dalla conchiusione del contratto sì civili come naturali, se egli non potesse più adempiervi per sua colpa, deve prestare ogni interesse (c). Oltre a ciò il venditore è tenuto pel caso di evizione (§. 346), e per i vizii occulti (§. 345), come anche per *laesio enormis* (§. 368). Inoltre sarà obbligato a dare i necessarii schiarimenti sull'oggetto venduto non che a consegnare i documenti che vi s'attengono (d); finalmente fino alla tradizione dell'oggetto egli risponde per ogni colpa, o finchè non metta il compratore in *mora accipiendi* (d).

Questi obblighi si fanno valere dal compratore per mezzo dell' *actio emti.*

II. Il compratore da parte sua è obbligato a dare il prezzo rimborsando le spese fatte dal venditore di buona fede (e), non che gl' interessi

(b) Pr. Inst. de contr. emt. (3. 23.). Emtio et venditio contrahitur, simniatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretinm nnmeratum ait, ac ne arra quidem data fuerit; nam quod arrae nomine datur, argumentum est emtionis et venditionia contractae. Sed haec quidem de emtionibus et venditionibus, quae aine scriptura consistunt obtioere oportet; nam nihil a nobia in huinsmodi venditionibus innovatum est. In iia antem, quae scriptura conficiuntur, non aiiter perfectam esse venditionem et emtionem constituimus, nisi et inatrumenta emtionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vei ab alio quidem scripta, a contrahentibus antem subscripta, et, ai per tabeiiiones fiunt, nisi et compietionis acceperint, et fuerint partibus absoluta. Donec enim aliqnid ex his deest, et penitentiae iocus est, et poteat emtor vei venditor sine poena recedere ab emtione. — L. 17. C. de fid. instr. (4. 21.).

(c) L. 11. §. 2. 9. L. 13. §. 31. L. 14. 15. 21. §. 3. h. t. *Ulp.* Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere; qnae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obiigat, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emtor autem numos venditoria facere cogitur. — L. 4. 10. C. h. t.

(d) L. 35. §. 8. L. 63. §. 1. de contrah. emt. (18. 1.). — L. 48. h. t. *Scaev.* Titius heres Sempronii fundum Septicio vendidit ita: *fundus Sempronianus, quidquid Sempronii iuris fuit, erit tibi emtus tot numis*, vacuamque possessionem tradidit, neque fines eius demonstravit; quaeritur, an emti indicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hereditariis, quid iuris defunctus habuerit, et fines ostendere? Respondi, id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse inteiiiguntur; quod si non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi, et fines ostendere; hoc etenim contractui bonae fidei consonat.

(e) L. 11. §. 2. L. 13. §. 20. 22. h. t. *Ulp.* Praeterea ex vendito agendo consequetur etiam sumtus qui facti sunt in re distracta, utpnta si quid in aedificia distracta erogandum est, scribit enim Labeo et Trebatius, esse ex vendito hoc nomine actionem; idem et si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem, aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat etiam emtorem veile impendi. Hoc ampiius Labeo ait, et si quid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere, si modo sine cuipa venditoris mortem obierit. — L. 7. 16. C. h. t.

sul prezzo dal giorno della tradizione (f), ed anche egli risponde di ogni colpa. Questi obblighi si fanno valere dal venditore per mezzo dell'*actio venditi*.

III. Con la perfezione del contratto ogni pericolo della cosa passa dal venditore al compratore (*periculum et commodum rei venditae sed nondum traditae*), ossia tutto quello che accede all'oggetto dopo la perfezione del contratto va in vantaggio del compratore, e tutto quello di cui scapita e la stessa perdita per caso fortuito va anche a suo carico, cosicchè egli sarà sempre obbligato a sborzare l'intiero prezzo (g).

In alcuni casi il vantaggio ed il pericolo non passano immediatamente al compratore, sicchè si può dire che la vendita non è ancora perfetta, quantunque, considerato in sè stesso, il contratto può dirsi completo. I casi sono i seguenti:

1) Quando la vendita fu fatta sotto una condizione e questa è ancora pendente, il pericolo resta da parte del venditore finchè segua la condizione (h).

2) Quando furono vendute cose a numero, peso o misura, in caso che il prezzo fu convenuto per il tutto e vi fosse una vendita *per aversionem*, il pericolo ed il vantaggio passano immediatamente al compratore (i); al

(f) L. 13. §. 19-21. h. t. *Ulp.* Veniunt autem in hoc iudicium infra scripta, in primis pretium, quanti res venit, item usurae pretii post diem traditionis, nam quum re emtor fruatur, aequissimum est, eum usuras pretii pendere. — L. 5. 6. C. h. t. — L. 18. de usur. (22. 1.).

(g) §. 3. Inst. de emt. vend. (2. 23.). — L. 34. §. 6. de contr. emt. (18. 1.). — L. 5. §. 2. de resc. vend. (18. 5.). — L. 8. pr. 14. §. 1. de per et com. (18. 6.). *Paul.* Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit, nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet. Et si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure veniit, perfecta est emtio. Quodsi sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio, sicuti nec stipulatio; quodsi extiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse periculum aiunt; idem Pomponius libro nono probat. Quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi iam contracta emtione in praeteritum. Quodsi pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt, sicuti stipulationes et legata conditionalia. — L. 14. 15. de iur. dot. (23. 3.). — L. 4. 5. C. de per. et com. (4. 48.).

(h) L. 8. pr. de per. et com. (18. 6). — Ved. not. prec.

(i) L. 35. §. 5. de contr. emt. (18. 1.). *Gai.* In his, quae pondere, numero mensurave constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videntur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa, adnumeratave sint; nam si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quotumcumque esset, uno pretio venierit, idem iuris est, quod in ceteris rebus. Quodsi eorum ita venierit, ut in singulas amphoras, item oleum, ut in singulos metretas, item frumentum, ut in singulos modios, item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quaeritur, quando videatur emtio perfici; quod similiter scilicet de his, quae numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emtionem existimant, quum adnumerata, admensa

contrario quando l'oggetto fu individuato precisamente, ed il prezzo stabilito per ogni unità di peso o di misura, ovvero per la intera quantità, ma secondo il numero peso o misura, il vantaggio ed il pericolo non passerà prima che le cose non fossero state numerate e pesate (k).

3) Lo stesso si dica se furono vendute più cose dello stesso genere e la scelta non ebbe luogo (l).

4) Quando le mercanzie furono date a pruova, la vendita s'intende fatta sotto una condizione sospensiva, e però non si può parlare di passaggio del vantaggio e pericolo prima che il saggio non fu fatto (m).

§. 570.

2) Dei patti aggiunti ad un contratto di compra vendita.

Gli obblighi e i dritti nascenti dal contratto di compra vendita tra il venditore ed il compratore possono essere modificati per mezzo di patti aggiunti, de'quali i principali sono i seguenti:

1) L'*addictio in diem* è un patto accessorio per mezzo del quale vien stabilito che il venditore possa recedere dalla vendita se trovasse migliore condizione (a). Intorno a questo patto aggiunto si osservi:

a) Può essere questione se una tale vendita sia pura o fatta sotto una condizione, onde fa mestieri interpretare la intenzione delle parti, imperocchè se il patto fu conchiuso in modo che il contratto si rescinde se un altro offre migliori condizioni, la vendita si deve considerare pura, ma che si risolve per una condizione, ed in questo caso il vantaggio ed il pericolo è da parte del compratore; se al contrario quando fu convenuto che sarebbe perfetta la vendita, se altri non offrisse migliori condizioni, essa dev'essere considerata come condizionata ed il pericolo e vantaggio restano da parte del venditore (b).

adpensave sint quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulas metretas, aut in singulos modios, quos quoque admensus eris, aut in singulas libras, quas adponderis, aut in singula corpora, quae adnumeraveris.

(k) L. 35. §. 5. 8. eod. — Ved. not. prec.

(l) L. 14. §. 1. eod.

(m) L. 1. pr. L. 4. pr. §. 1. L. 15. eod. *Ulp*. . . . . quare si dies degustationi adiectus non erit, quandoque degustare emtor poterit, et quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit, dies enim degustationi praestitutus meliorem conditionem emtoris facit. — L. 34. §. 5. de contr. emt. (18. 1.).

(a) L. 1. de in diem addict. (18. 2.). *Paul*. In diem addictio ita fit: *ille fundus centum esto tibi emtus, nisi si quis intra kalendas Ianuarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res a domino abeat.*

(b) L. 2. pr. §. 1. L. 4. §. 5. eod. *Ulp*. Quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emtio

b) Per migliore condizione deve intendersi non solo un prezzo migliore per quantità, ma ancora migliore per modo come un tempo più opportuno di pagamento, una solvenza più certa ecc. (c).

c) Le migliori condizioni offerte possono essere rifiutate dal venditore, qualora non fu diversamente pattuito; ma se le accetta, è obbligato ad esporle al compratore, dovendo esser questi preferito, se riduca le sue alla misura della novella offerta (d).

d) Finalmente accettata l'offerta, il compratore è obbligato alla restituzione dell'oggetto con i frutti percepiti, ed il venditore alla restituzione del prezzo (e).

2) La legge commissoria aggiunta ad un contratto di compra-vendita è quando il prezzo dev'essere pagato in un tempo determinato, in caso contrario il venditore resta libero di recedere dalla vendita; nel dubbio una vendita con un tale patto si ritiene conchiusa sotto condizione risolutiva (f).

Bisogna per altro considerare le seguenti regole:

a) Affinchè questo patto abbia il suo pieno effetto conviene che il compratore per il tempo determinato non pagasse tutto il prezzo, ma è indifferente se egli vi abbia o no colpa, sicchè richiedesi solamente una mora obbiettiva e non subbiettiva, inoltre non v'è bisogno di interpellazione.

est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emtio quaestionis est. Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit; nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis. Ubi igitur, secundum quod distinximus, pura venditio est, Iulianus scribit, hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse, et fructus et accessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere, si res interierit. — L. 2. §. 4. pro emtore (41. 4.).

(c) L. 4. §. ult. L. 15. §. 1. de in diem. addict. (18. 2.). *Ulp.* Melior autem conditio afferri videtur, si pretio sit additum. Sed et si nihil pretio addatur, solutio tamen offeratur facilior pretii, vel maturior, melior conditio afferri videtur. Praeteres si locus opportunior solvendo pretio dicatur, aeque melior conditio allata videtur; et ita Pomponius libro nono ex Sabino scribit. Idem ait, et si persona idoneor accedat ad emtionem, aeque videri meliorem conditionem allatam. Proinde, si quis accedat eiusdem pretii emtor, sed qui levioribus emat conditionibus, vel qui satisdationem nullam exigat, melior conditio allata videbitur. Ergo idem erit probandum, etsi viliori pretio emere sit paratus, ea tamen remittit, quae venditori gravia erant in priore emtione.

(d) L. 4. §. 5. 6. L. 5. 6. pr. L. 8. 9. 14. pr. eod. *Paul.* Necesse autem habebit venditor, meliore conditione allata priorem emtorem certiorem facere, ut, si quid alius adiicit, ipse quoque adiicere possit.

(e) L. 4. §. 4. L. 16. eod. *Ulp.* Imperator Severus rescripsit: *Sicut fructus in diem addictae domus, quum melior conditio fuerit allata, venditori restitui necesse est, ita rursus quae prior emtor medio tempore necessario probaverit erogata, de reditu retineri, vel, si non sufficiat, solvi aequum est;* et credo sensisse Principem de emti venditi actione.

(f) L. 1. pr. de leg. comm. (18. 3.). *Ulp.* Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur.

Avvenuta la mora, il venditore deve risolvere, se far uso del suo dritto di recedere dalla vendita, o rinunciarvi: se sceglie quest'ultimo partito, il che può avvenire anche tacitamente, accettando dopo il giorno stabilito o tutto il prezzo od il resto, non potrà poscia ritornare al patto commissorio (g).

b) Se il venditore sceglie di servirsi del patto commissorio, entrambi i contraenti vengono messi nello stato primiero, ossia si ha la restituzione dell'oggetto e sue accessioni da una parte, e la restituzione, se è il caso, della parte del prezzo pagata; se il compratore diede un'arra, questa solamente viene per lui perduta (h).

3) Si può anche aggiungere al contratto di compravendita un patto per mezzo del quale si stabilisce che i contraenti possono recedere dal contratto in caso che si pentono, un tale patto è detto *pactum penitentiae o displicentiae*. Questo può farsi valere in due mesi se non fu stabilito un diverso termine dagli stessi contraenti (i). In rapporto alle azioni è a distinguere, se la volontà de' contraenti fu di ritenere il contratto come non fatto in caso di pentimento, ed allora si adopererà l'azione di rivendica, se al contrario si contrasse l'obbligo di restituire la cosa venduta, sarà esercitata l'azione personale (k).

4) Il venditore si potrà riservare il diritto di acquistare in preferenza di ogni altro l'oggetto della vendita, quando il compratore lo volesse novellamente alienare, un tale patto è detto *pactum protimiseos* o di prelazione. Questo patto ha solamente effetto quando il primo venditore offre le medesime condizioni di qualunque altro compratore (l). Se la vendita avviene senza che il primo venditore fosse stato avvertito, questi avrà un'azione personale contro il primo compratore, eccetto quando il primo

(g) L. 3. L. 4. §. 2. ult. L. 6. §. 27. L. 8. h. t. *Ulp.* Eleganter Papinianus libro tertio Responsorum scribit, statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, au potius pretium petere, uec posse, si commissoriam elegit, postea variare.

(h) L. 5. 6. §. 1. eod. *Nerat.* Lege fundo vendito dleta, ut, si iutra certum tempus pretium solutum uon sit, res iuemta sit, de fructibus, quos interim emtor percepisset, boc agi iutelligendum est, ut emtor interim eos sibi suo quoque iure perciperet; sed si fundus revenisset, Aristo existimabat, venditori de his iudicium iu emtorem dandum esse, quia uihil peues eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.

(i) L. 31. §. 22. de aed. edict. (21. 1.). *Ulp.* Si quid ita venierit, ut, nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conveutio rata habetur; si autem de tempore nihil convenerit, in factum actio intra sexagiuta dies utiles accommodatur emtori ad redhibendum, ultra non; si vero convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto, hanc conventionem valere. Item si tempus sexagiuta dierum praefinitum redhibitioni praeteriit, causa cognita iudicium dabitur.

(k) L. 31. §. 22. cit. L. 6. de resc. vend. (18. 5.). — L. 3. de contr. emt. (18. 1.). — L. 2. §. 5. pro emtore (41. 4.).

(l) L. 3. C. de iur. emph. (4. 66.).

venditore si fosse riservato un diritto reale sulla cosa, nel qual caso competerà a lui l'azione reale contro il secondo compratore (m).

5) Se il compratore promette di rivendere l'oggetto al venditore, vi sarà un patto aggiunto appellato *pactum de retro vendendo*, e se il venditore promette di ricomprare l'oggetto dal compratore, il patto si appellerà *de retro emendo*. Da entrambi questi patti nasce un'azione personale (n). Se al momento che fu conchiuso il patto fu già stabilito il prezzo del ritorno, questo resta fermo, aggiunto il rimborso delle spese necessarie ed utili che debbono essere pagate; se non fu stabilito, si misurerà sul prezzo corrente (o).

6) Si potrà convenire che il compratore rinuncii ad alienare l'oggetto comprato; il patto si dirà *de non alienando* (§. 158).

7) Finalmente il venditore si può riservare il dominio della cosa venduta, *pactum reservati dominii,* o una ipoteca, *pactum reservatae hypothecae,* fino a quando l'altro contraente non adempie i suoi obblighi (p).

§. 371.

B. Della permuta.

T. D. de rerum permutatione (19. 4.)—C. de rerum permutatione et de praescriptis verbis actione (4. 64.).

La permuta è un contratto innominato in cui si dà una cosa in ricambio di un'altra e non per denaro contante, onde non si potrà distinguere chi sia il venditore chi il compratore (a).

(m) L. 75. de contr. emt. (18. 1.). *Hermogen.* Qui fundum vendidit, ut eum certa mercede conductum ipse habeat, vel si vendat, non alii, sed sibi distrahat, vel simile aliquid paciscatur, ad complendum id, quod pepigerunt, ex vendito agere poterit.

(n) L. 12. de praescript. verb. (19. 5.). *Procul.* Si vir uxori suae fundos vendidit, et in venditione comprehensum est, convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desiisset, ut eos fundos, si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro, in factum existimo iudicium esse reddendum, idque et in aliis personis observandum. — L. 5. C. de pact. intent. et vend. (4. 54.).

(o) L. 58. fin. de pact. (2. 14.).

(p) L. 7. §. 3. L. 8. de inn. dot. (23. 3.). — L. 1. §. 4. L. 2. de reb eor. qui sub. tut. (27. 9.).

(a) L. 1. pr. h. t. *Paul.* Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx; at in permutatione discerni non potest, uter emtor, vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. Emtor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo; itaque si evicta res non sit, nihil debet. In permutatione vero, si utrimque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius; sed quum debeat et res, et pretium esse, non potest inveniri, quid eorum merx, et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat, et pretium sit emtionis. §. 28. Inst. de act. (4. 6.). §. 2. Inst. de emt. vend. (3. 23.). L. 5. §. 1. de praescr. verb. (19. 5.). — L. 2. C. h. t.

L'obbligazione nascente da un simile contratto consiste in dare, sicchè chi dà la cosa in permuta dev'esserne effettivo proprietario (b). Dal carattere della obbligazione nasce che dal momento della consegna l'oggetto da permutarsi passa nella proprietà dell'altro contraente, quantunque egli non avesse adempito al proprio obbligo (c). Nella permuta è lecito pentirsi e recederne; e se la cosa è di tal natura che viene ordinariamente venduta, e chi la riceve dà pure una cosa invece del prezzo, la permuta prende aspetto di compra, onde la cosa nè passa necessariamente nella proprietà dell'altra parte, nè vi sarà diritto a recederne (d).

§. 372.

C. Del contratto estimatorio.

Il contratto estimatorio si ha quando qualcuno premessane la stima, dà una cosa altrui, il quale assume obbligo o di consegnare la stessa cosa in natura, ovvero il prezzo di stima. Tale contratto che ha in parte la fisonomia del mandato e può avere quella della conduzione di opera, fu considerato come contratto innominato (a). Però in forza di un tale contratto si fonda una obbligazione alternativa per colui che riceve l'oggetto; non divenendo egli proprietario dell'oggetto ricevuto, non può essere tenuto pel caso fortuito, eccetto quando abbia provocato l'altro contraente a fare il contratto, ovvero assolutamente si fosse obbligato al prezzo di stima (b).

(b) L. 1. pr. §. 3. h. t. *Paul.* Ideoque fedins ait, alienam rem dantem nolla contrahere permutationem.

(c) L. 4. C. h. t. *Dioclet.* et *Maxim.* Qunm precibus tuis expresseris, placitum inter te et alium permutationis intercessisse, eumque fundum a te datum vendidisse, contra emtorem quidem te nullam habere actionem perspicis, quum ab eo susceperit dominium, cui te tradidisse titulo permutationis non negas. Sed si secundum fidem placiti stipulatio subiecta est, successores eiusdem, cum quo contractum habuisti, convenire non probiberis. Si vero nulla stipulatio intercessit, praescriptis verbis actio est, ut vel fides placiti tibi servetur, vel qood alterius accipiendi fundi gratia dediati, causa non secuta restituetur.

(d) L. 1. §. 4. h. t. *Paul.* Igitur ex altere parte traditione facta, si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, quod interest nostra, illam rem accepisse, de qua convenit, sed, ut res contra nobis reddatur, condictioni locus est, quasi re non secuta. — L. 5. §. 1. de praescr. verb. (19. 5.). — L. 1. 4. 5. 7. C. h. t.—Ved. *Marezoll.* giu. di dr. e proc. civ. 1. pag. 462.

(a) L. 1. pr. de aestim. (19. 3). *Ulp.* Actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum, quum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videatur, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. Melius itaque visum est, hanc actionem proponi, quoties enim de nomine contractus alicuius ambigeretur, conveniret tamen aliquam actionem dari, dandam aestimatoriam praescriptis verbis actionem; est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide, quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.

(b) L. 17. §. 1. praescr. verb. (19. 5.). *Ulp.* Si Margherita tibi aestimata dedero, ut aut

Colui che s'incarica della vendita di quest'oggetto può domandarne una mercede (c). L'azione nascente dal contratto è l'*actio praescriptis verbis aestimatoria* per entrambi i contraenti (d).

D. Della locazione e conduzione.

§. 373.

1) Della locatio et conductio rerum.

T. Inst. de locatione et conductione (3. 24.); — D. locati conducti (19. 2.); — C. de locato et conducto (4. 65.).

I. La locazione e conduzione è contratto consensuale per cui mezzo qualcuno promette il godimento di una cosa a chi da parte sua promette di pagargli una mercede stabilita (*merces*). Chi promette il godimento della cosa si appella *locator*, chi accetta e promette la mercede appellasi *conductor*, e propriamente *colonus* se il godimento si esercita sopra beni rustici, *inquilinus* se sopra beni urbani (a).

1) Circa alla idoneità de'subbietti valgono le medesime regole che negli altri contratti con le seguenti modificazioni:

a) i soldati non possono prendere in locazione case nè altre possessioni (b);

b) è interdetto ai decurioni qualunque contratto di locazione (c);

c) i chierici possono prendere in locazione solamente le possessioni delle loro chiese (d);

d) finalmente i tutori e curatori prima di dare i conti, e gl'impiegati per le imposte non possono prendere in locazione, i primi le cose de'minori, ed i secondi le cose fiscali o del patrimonio dell'imperatore (e).

eadem mihi afferres, aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum, si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis. — L. 5. §. 3. commod. (13. 6.). confr. L. 1. §. 1. de aestimat. (19. 3.).

(c) L. 2. de aestimat. (19. 3.). *Paul.* Haec actio utilis est, et si merces intervenit.

(d) L. 1. 2. eod. — Ved. not. (a).

(a) L. 24. §. 1. 2. L. 25. §. 1. h. t.

(b) L. 50. h. t. *Modest.* Si ignorans quis militi quasi pagano locaverit, exigere illum posse probandum est; non enim contemnit disciplinam, qui ignoravit militem. — L. 31. 35. h. t.

(c) L. 30. C. eod. *Theod.* et *Valentin.* Curialis neque procurator, neque conductor alienarum rerum, nec fideiussor aut mandator conductoris existat. Alioquin nullam obligationem neque locatori neque conductori ex huiusmodi contractu competere sancimus.

(d) Nov. 123. c. 6.

(e) L. 49. h. t. *Modestin.* Tutores curatoresque constituti, priusquam officii sui rationes

2) Può essere oggetto di questo contratto ogni cosa atta al godimento. Come nel contratto di vendita così in questo la validità di esso non dipende dalla circostanza se il locatore sia o no proprietario, ovvero avesse il diritto di concederne l'uso (g).

Lo stesso proprietario può essere conduttore della cosa propria, e anche di quella su cui pesa un diritto reale in altrui favore, come un usufrutto, una enfiteusi, superficie o anche un *ius possessionis* (h).

3) La mercede o il *locarium* dev'essere una *pecunia numerata*, certa e vera; per una cosa fruttifera si può dare come *locarium* una quantità di frutti determinata; in caso che essa non fosse quantitativamente fissata, saranno applicabili le regole della società (i).

Come contratto consensuale la locazione e conduzione addiviene perfetta appena le parti si sono concordate sui punti essenziali.

II. Circa agli obblighi de'due contraenti:

1) Il locatore è obbligato a consegnare nel tempo stabilito la cosa locata in modo che il conduttore potesse goderne nella guisa convenuta nel contratto (k), e lasciargliene il godimento pel tempo stabilito (l).

redduut, prohibentur, ne quid de patrimonio Caesaris rouductum babeant; ac si quis id dissimulaus nibilominus ad condueenda Caesaris praedia aceesserit, periude ut falsarius poena afficitur. Hocque sanxit Imperator Severus. Secuudum quae sane probibiti erunt et a fisco conducere, qui tutelam curamve gerunt. — L. un. C. ne tut. vel. cur. vectig. cond. (5. 41). — L. un. C. quib. ad cond. praed. fisc. (11. 72.).

(g) L. 7. 9. §. 6. h. t. *Ulp.* Si alienam domum mibi locaveris, aeque mihi legata vel donata sit, uon teneri me tibi ex locato ob pensionem. Sed de tempore praeterito videamus, si quid ante legati diem pensionis debetur; et puto solvendum.

(h) L. 12. §. 2. L. 38. de usufr. (7. 1.).—L. 9. §. 1. h. t.—L. 28. de acquir. poss. (41. 2.). confr. L. 45. pr. de R. I. (50. 17.). — L. 15. depos. (16. 3.).

(i) L. 25. §. 6. h. t. *Gai.* Vis maior, quam Graeci θεοῦ βίαν (*vim divinam*) appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est, laesi fuerint fructus; alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur. Apparet autem de eo nos colono dicere, qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis iure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.—L. 8. 21. C. h. t.

(k) L. 15. §. 1. L. 19. §. 2. h. t. *Ulp.* Ex conducto actio conductori datur. Competit autem ex his causis fere, ut puta si re, quam conduxit, frui ei non liceat, forte quia possessio ei aut totius agri, aut partis non praestatur, aut villa non reficitur, vel stabulum, vel ubi greges eius stare oporteat, vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur.

(l) L. 9. pr. L. 19. §. 5. L. 24. §. 4. L. 30. eod. *Paul.* Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur; nec enim semper liberabitur dominus eo, quod secundo vel tertio anno patiatur fundo frui; nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus, neque ipse pensionum nomine obligatus erit, et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur; sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest. Quodsi paucis diebus prohibuit, deinde poenitentiam agit, omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet. Item utiliter ex conducto agit is, cui secundum conventionem non praestantur, quae convenerant, sive prohibeatur frui a domino vel ab extraneo, quem dominus prohibere potest.

Il locatore deve anche prestare l'evizione, però quando il caso di evizione avviene senza colpa del locatore, e questi tiene un'altra cosa atta al simile godimento stabilito, per equità può andare esente dalle conseguenze della evizione concedendo al conduttore l'uso di questa seconda cosa (m).

Il locatore inoltre ha obbligo di mantenere l'oggetto sempre nello stato locativo, e fare le necessarie riparazioni affinchè il godimento nè si rendesse impossibile nè venisse menomato; quando tali spese necessarie sono state fatte dal conduttore, il locatore è obbligato a rimborsargliele, quanto alle utili il conduttore può chiederle fino al vantaggio reale che acquistò l'oggetto; quanto alle voluttuarie avrà egli solamente il *ius tollendi* (n).

Tutte le imposte che gravitano sulla cosa locata e gli acquartieramenti militari sono a carico del locatore (o).

Il danno casuale è a carico anche del locatore (*casum sentit dominus*); ma se la cosa fu data col prezzo di stima, il caso fortuito è a carico del conduttore, poichè questi ne addiviene proprietario, senonchè terminata la locazione è obbligato a ritornare una simile cosa: questa specie di contratto è appellato *contractus socidae* (p).

Quando il godimento pattuito è impedito bisogna fare la distinzione se per colpa del locatore o per caso fortuito; nel primo caso ha diritto il conduttore al pieno risarcimento dell'interesse; nel secondo caso ad un diffalco della mercede, purchè la diminuzione del godimento sia stata notevole (q).

Quando fu locata una cosa fruttifera, e per casi straordinarii non si

(m) L. 9. pr. L. 60. eod. *Ulp.* Si quis domum bona fide emtam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque, Pomponius ait, nihilominus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei praestetur, frui quod conduxit licere. Plane si dominus non patiatur, et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait, absolvi locatorem.

(n) L. 15. §. 1. L. 25. §. 2. L. 55. §. 1. L. 61. pr. eod.—confr. 19. §. 1. h. t. *Paul.* In conducto fundo si conductor sua opera aliquid necessario vel utiliter auxerit, vel aedificaverit, vel instituerit, quum id non convenisset, ad recipienda ea, quae impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest.

(o) L. un. §. 3. C. de via publ. (43. 10.). — L. 9. C. de metat. (12. 41.).—confr. L. 2. C. de ann. et trib. (10. 16.).

(p) L. 3. 54. §. 2. h. t. *Paul.* Paulus respondit, servus qui aestimatus colonae adscriptus est, ad periculum colonae pertinebit; et ideo aestimationem huius defuncti ab herede colonae praestari oportere.

(q) L. 15. §. 7. 8. L. 19. §. 1. L. 24. §. 4. L. 25. §. 1. L. 33. eod. *Ulp.* Ubicunque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id, quod sua interest, conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata; supra denique damnum seminis ad colonum pertinere declaratur. Plane si forte dominus frui non patiatur, vel quum ipse locasset, vel quum alius alienum, vel quasi procurator, vel quasi suum, quod interest, praestabitur; et ita Proculus in procuratore respondit.

percepisca che una piccola quantità di frutti, il conduttore potrà pretendere un diffalco della mercede (r). Su questo punto giova osservare:

a) L'avvenimento, il quale non permise al conduttore di percepire che una minima quantità di frutti, dev'esser stato *extra consuetudinem*, tanto se un tale avvenimento fosse stato naturale, come una grandine, una sommersione ecc., quanto altrimenti per violenze irresistibili come una guerra ecc.; se all'incontro un tale avvenimento era facile a prevedere, come quando il fondo giace sulle sponde di un fiume, che straripa facilmente, non si potrà pretendere la *remissio mercedis* (s).

b) In secondo luogo l'avvenimento straordinario dev'essere successo prima della percezione de'frutti; che se avviene dopo, ancorchè questi fossero tutti o in parte periti, essendo già entrati nella proprietà del colono, non puossi da questo chiedere la *remissio mercedis*, perchè *damnum sentit dominus*.

c) Il danno del conduttore dev'essere notevole: nè un piccolo danno dà diritto a ridurre la mercede (t).

d) Quando il fitto si estente a più periodi di frutti, la scarsezza dell'uno si presume compensata dalla ubertosità dell'altro (u). Se l'anno di scarsezza precede l'anno ubertoso, il locatore potrà l'anno seguente pretendere quello che dedusse nell'annata scarsa, anche quando egli acconsentì al diffalco a titolo di donazione; se al contrario l'anno scarso segue

(r) L. 15. §. 2-7. L. 25. §. 6. h. t.—L. 8. C. h. t. *Ulp.* Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum, graculorum, sturnorum, et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat; si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit, omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur; sed et si uredo fructum oleae corruperit, aut solis fervore non assueto id acciderit, damnum domini futurum. Si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse; idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse; oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit. Quum quidam incendium fundi allegaret, et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est. *Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est.* Papinianus libro quarto Responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit ubertas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni, quo remisit, exigendam. Hoc idem et in vectigalis damno respondit. Sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio. Quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? Verius dicetur, etsi superiores uberes fuerunt, et scit locator, non debere eum ad computationem vocari.

(s) L. 15. §. 2. 6. h. t. *Ulp.* Quum quidam de fructuum exiguitate quereretur non esse rationem eius habendam, Rescripto D. Antonini continetur. Item alio rescripto ita continetur: *Novam rem desideras, ut propter vetustatem vinearum remissio tibi detur.* — Ved. not. prec.

(t) L. 25. §. 6. h. t. — Ved. not. (r).

(u) L. 15. §. 4. h. t. — Ved. not. (q). — L. 8. C. h. t.

l'ubertoso, e il locatore annuisce alla riduzione bisogna distinguere: se egli nulla conobbe della ubertosità dell'anno precedente, gli sarà concessa una *condictio* per ripetere quanto avrà dedotto dal prezzo, se lo sapeva, tale diffalco si avrà come donato, e non avrà più diritto a ripetere (v).

e) Quando si è espressamente dal conduttore rinunciato alla riduzione del prezzo per avvenimenti straordinarii, è da comprendersi di quelle disgrazie le quali distruggono i frutti, e non quelle che guastano e distruggono la cosa medesima locata, come un terremoto ecc.; imperocchè il conduttore in siffatti casi, quantunque avesse sottoscritta quella clausola di rinuncia, potrà sempre chiedere una riduzione.

2) Il conduttore dall'altra parte è obbligato di fare della cosa locata l'uso stabilito per contratto; se no, sarà tenuto anche per caso fortuito (w).

3) Deve pagare la mercede convenuta alla fine del contratto; se poi la locazione è fatta per più anni, sarà dovuta al termine di ciascun anno una proporzionata parte della mercede convenuta, anche quando il colono o l'inquilino non godeva del fondo o della casa locata (v).

4) Finito il contratto, il conduttore deve restituire l'oggetto locato con ogni sua pertinenza anche quando il conduttore rifiuta la restituzione dicendosi proprietario (x).

5) Il conduttore non potrà abbandonare l'oggetto locato senza un motivo legittimo, e senza averlo denunziato al proprietario (y).

6) Finalmente il conduttore risponde di ogni colpa (z). Per far valere questi obblighi sono stabilite le azioni *locati conducti*.

III. Il contratto di locazione termina come qualunque altro, cioè decorso il tempo determinato, col mutuo dissenso ecc. Si ha però un motivo di estinzione speciale a questo contratto, ed è che l'uno o l'altro dei due contraenti, mentre corre il tempo della locazione, può all'altro disdire il contratto. Ciò avviene specialmente, quando non vi fu determinato il tem-

(v) L. 15. §. 4. cit. idem.

(w) L. 11. §. 1. 4. L. 13. §. 3. L. 25. §. 3. L. 29. h. t. *Ulp.* Si hoc in locatione convenit: *ignem ne habeto*, et habuit, tenebitur, etiamsi fortuitus casus admisit incendium, quia non debuit ignem habere; aliud est enim ignem innocentem habere, permittit enim habere, sed in noxium ignem.

(v) L. 24. §. 2. L. 30. §. 3. h. t. *Paul.* Si domus vel fundus in quinquennium pensionibus locatus sit, potest dominus, si deseruerit habitationem vel fundi culturam colonus vel inquilinus, cum iis statim agere.

(x) L. 25. C. h. t. *Diocl.* et *Maxim.* Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcunque rem acceperit, possessionem prius restituere debet, et tunc de proprietate litigare.

(y) L. 13. §. 7. h. t. *Ulp.* Exercitu veniente migravit conductor, deinde hospitio milites fenestras, et cetera sustulerunt; si domino non denuntiavit, et migravit, ex locato tenebitur; Labeo autem, si resistere potuit, et non resistit, teneri ait, quae sententia vera est; etsi denuntiare non potuit non puto eum teneri.

(z) L. 5. §. 15. commod. (13. 6.). — L. 11. §. 2. L. 25. §. 3. L. 29. h. t.

po, ed è dato questo diritto tanto al locatore quanto al conduttore, nè poi tal diritto ha luogo quando fin dal principio ne fu stabilito il termine. Di questa ultima regola vi sono però molte eccezioni, per mezzo delle quali si ha il diritto suddetto anche quando fu stabilito il tempo.

1) Il locatore potrà disdire e sciogliere il contratto di locazione nei seguenti casi:

a) quando il conduttore non paga la mercede per lo spazio di due anni; contro di un tal diritto non è ammissibile neppure la *exceptio pacti de non expellendo* (aa). Pel conduttore delle pubbliche imposte non è necessario neppure di attendere due anni (bb);

b) quando provi di essergli necessaria per proprio uso la casa data a pigione (cc);

c) quando deve compiere delle opere nel fondo locato. Su questo punto bisogna distinguere: se le opere sono indispensabili, e tale necessità non era visibile al momento della conchiusione del contratto, il conduttore non potrà pretendere tutto il ristoro degl'interessi; ovechè altrimenti deve essere a lui prestato l'*id quod interest* (dd);

d) finalmente il locatore avrà diritto di recedere dal contratto quando il conduttore usa della cosa male e contro le condizioni stabilite (ee).

2) Il diritto medesimo è concesso al conduttore anche prima che decoresse il tempo stabilito nei seguenti casi:

(aa) L. 54. §. 1. L. 56. b. t. *Paul.* Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis Seius conductor de fundo invitus repelleretur; et si pulsatus esset, poenam decem praestet Titius locator Seio conductori, vel Seius conductor Titio, si intra tempora locationis discedere vellet, aeque decem Titio locatori praestare vellet, quod invicem de se stipulati sunt; quaero, quum Seius conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit? Paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile esse, ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit, et, ut oportet, coleret; et ideo si poenam petere coeperit is qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem. — Nov. 120. cap. 8.

(bb) L. 10. §. 1. de publ. (39. 4.).

(cc) L. 3. C. b. t. *Anton.* Diaetae, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis, invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit, aut corrigere domum maluerit, aut tu male in re locata versatus es.

(dd) L. 30. 35. pr. b. t. Qui insulam triginta conduxerat singula coenacula ita locavit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur; dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam; quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is, qui totam conduxerat, ex conducto ageret? Respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci, et tanti litem aestimari; sin autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.

(ee) L. 54. §. 1. b. t. — Ved. not. (a). — L. 3. C. b. t. Nov. 120. c. 8.

a) quando per molto tempo vien trascurata la consegna del fondo locato (ff);

b) quando nell'oggetto locato si manifestano, sia dal principio, sia in seguito, mancanze tali, che ne rendono difficile l'uso, purchè non si possa sul momento riparare a questi inconvenienti, o che in fatto non vi si ripara dal locatore (gg);

c) finalmente quando un timore fondato obbliga di abbandonare la cosa presa in fitto (hh).

3) Nel caso che il locatore vendesse la cosa locata, il nuovo proprietario non è tenuto a rispettare il fittaiuolo o l'inquilino; ma le obbligazioni nascenti dal contratto di locazione non si estinguono per questa vendita: e in fatti tra le persone contraenti restano ancora i seguenti effetti della obbligazione:

a) L'originario locatore sarà obbligato sempre di prestare al conduttore *l'uti frui licere*, obbligo che potrà mandare ad effetto conchiudendo un patto in proposito col compratore (ii). Non facendo questo, ovvero non venendo in tutto adempiuto un simile patto, il locatore può essere convenuto in giudizio dal conduttore con l'*actio conducti*, e condannato agl'interessi (kk).

b) Similmente il conduttore non può essere obbligato a continuare la sua obbligazione col nuovo proprietario, ma verso il primo proprietario locatore è sempre in relazione obbligatoria, quando specialmente questi adempie ai suoi obblighi; ed in questi casi, il primo proprietario continui o no ad essere tale, è perfettamente indifferente (ll).

c) All'inquilino che vuole andar via si concede un interdetto per avere le sue cose non pignorate e trattenute dal locatore, un tale interdetto è conosciuto col nome d'*interdictum de migrando*. Egli è chiaro per se stesso, che un tale mezzo giuridico non sarà ammesso quando l'inquilino non ha in parte od in totalità pagata la mercede convenuta (mm).

(ff) L. 24. §. 4. L. 60. h. t. — Ved. not. (k).

(gg) L. 25. §. 2. L. 27. h. t. *Gai*. Si vicino aedificante obscurentur lumina coenaculi, teneri locatorem inquilino; certe, quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est.

(hh) L. 13. §. 7. L. 27. §. 1. h. t. *Alfen*. Item interogatus est si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem, necne? Respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem; sed si causa timoris iusta non fuisset, nihilominus debere. — L. 28. 83. de damno infecto (39. 2.).

(ii) L. 25. §. 1. h. t. *Gai*. Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel sedes vendat, curare debet, ut apud emtorem quoque eadem pactione et colono frui, et inquilino habitare liceat; alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.

(kk) L. 25. §. 1. L. 32. h. t. — Ved. not. prec.

(ll) Ved. *Vangerow*, §. 643. ann. 2. — *Dernburg*. diss. n. 1.

(mm) Ved. T. D. de migrando (43. 32.).

§. 374.

2) Della sublocatio e della relocatio.

Si ha la *sublocatio* quando il conduttore loca per sua parte la cosa ad un altro; il che non gli è vietato quando non vi osta una convenzione in contrario (a). Però questa nuova locazione non fa estinguere i vincoli giuridici che vi esistono tra il primo locatore ed il conduttore, questi è sempre obbligato verso del primo locatore, e risponde anzi di qualunque colpa o negligenza del subconduttore. (b).

La rinnovazione della locazione vien detta *relocatio*, che non è altro se non un novello contratto di locazione e conduzione fatto tra le medesime parti. Esso può avvenire espressamente ed allora il novello atto di locazione determinerà la natura e la estensione della *relocatio*; può avvenire tacitamente, quando scorso il tempo della locazione, il conduttore continui a restare nel possesso e godimento della cosa locata; ed in questo caso le condizioni del novello contratto di locazione tacitamente rinnovato saranno le medesime che del primo (c).

Quando alla durata della tacita *relocatio* vi è da fare la distinzione se il fondo locato è rustico o urbano; nel primo caso si è stabilito che la *relocatio* avrà la durata di un anno; se al contrario il fondo locato è urbano, si ritiene esservi un novello contratto tacito senza determinazione di tempo, è però libero ognuno di disdire la *relocatio* (d).

ANNOTAZIONE

Quest'ultimo punto per poca precisione di un framento di *Ulpiano* è molto controverso. In tre opinioni si dividono i giureconsulti. La comune opinione ritiene che in una *relocatio tacita* l'inquilino rimane obbligato per il tempo che in realtà abita, e che per conseguenza egli potrà a suo arbitrio, quando il voglia, disdire il contratto, e che un tale diritto concesso al conduttore non può essere negato al locatore. Al contrario altri vogliono che il tempo stabilito nel primo contratto fosse la misura

(a) L. 6. C. h. t. (4. 65.). *Alexand.* Nemo probibetur rem, quam conduxit fruendam, alii locare, si nihil aliud convenit. — Confr. L. 13. §. 8. de usufr. (7, 1.).

(b) L. 7. 8. 53. h. t. (19. 2.).

(c) L. 13. §. 1. L. 14. eod. *Ulp.* Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est, intelligitur enim dominus, quum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare; et huiusmodi contractus neque verba, neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt. Et ideo si interim dominus furere coeperit, vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait, ut locatio redintegretur; et est hoc verum. — L. 7. 16. C. h. t.

(d) L. 13. §. ult. h. t.

della *relocatio*, sicchè la seconda locazione durerà quanto la prima (e). Finalmente una ultima opinione non ammette nè il tempo del primo contratto, nè vuol concedere il diritto della disdetta alle parti contraenti; ma crede che bisogna osservare il termine del contratto anteriore: p. e. se fu stabilito il pagamento a trimestre, dopo terminato il contratto, se l'inquilino vi resta, egli sarà conduttore per tre mesi, e se vi resta ancora, fino all'altro termine del pagamento e così di seguito.

Le parole della legge, che hanno dato occasione a queste opinioni così si esprimono: « In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut prout quisque habitaverit, » ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est. » Secondo questo passo e specialmente per le parole *prout habitaverit*, la prima opinione pare la più esatta; le parole in questione *prout habitaverit* sono le stesse nelle Basiliche (f); oltre a ciò se le leggi avessero voluto osservare per il secondo contratto il tempo stabilito dal primo, ciò poteva avvenire tanto pe'fondi rustici, che gli urbani; ora non essendo questo il caso per i primi, non si può ammettere per gli altri senza sottigliezze. Se si prescinde per un poco dal tempo stabilito nel primo contratto, sarà più naturale il principio che la *relocatio* abbia durata più breve possibile, ed un tale principio si trova molto bene in armonia per ciò che dispone la legge riguardo ai fondi rustici; imperocchè ne'predii urbani il godimento può essere esercitato in ogni momento, mentre per i rustici si richiede almeno un anno. Molto più controversa è la eccezione di questa regola generale stabilita nelle parole: *nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est*: le quali hanno dato occasione a cinque interpretazioni: 1) Molti antichi giuristi opinano che in quelle parole si contenga la eccezione, che quando il contratto di locazione è compilato in iscritto, non potrà aver luogo una *tacita relocatio* (g). 2) Altri credono che quando il contratto di locazione è scritto, la *relocatio* di un fondo urbano dev'essere considerata come per un fondo rustico, ossia dovrebbe durare un solo anno (h). 3) Una terza opinione determina, che le parole in quistione avessero il significato, che quando il contratto di locazione è scritto e stabilisce diversi termini come unità di tempo, la *relocatio* si terrà valida per ognuna di queste unità di tempo. 4) Altri opinano che nelle parole in questione è da comprendersi un *certum tempus relocationi comprehensum*, e per conseguenza la regola generale avrà la piena sua applicazioni, quando fin dal principio non fosse stato stabilito il tempo per una possibile *relocatio* (i). 5) Finalmente la maggior parte dei giureconsulti opina che quando nel primo contratto di locazione fu stabilito in iscritto un tempo di durata, nella *tacita relocatio* devesi accettare il medesimo tempo del contratto anteriore. La prima delle precedenti opinioni è da rigettarsi assolutamente: imperocchè nelle riportate parole della legge non è questione, se la *relocatio* sia lecita o no, ma del tempo della medesima, nè dà un logico risultato , poichè resterebbe sempre questa domanda insoddisfatta per mancanza dello scopo pratico: perchè quando vi sarà un contratto di locazione in iscritto non sarà permesso dalla legge una *relocatio* ? Non è più felice la seconda opinione, poichè qui manca un pratico scopo, e la interpretazione non riesce che al-

(e) Ved. *Glück*, XVII. p. 284. not. 159. 160. dissertazioni n. 1. 56. Valet. §. 538. — *Bucher*, diritto delle obbligazioni §. 69. p. 243.

(f) Ved. Basil. XX. L. 73.

(g) Ved. *Glück*. XVII. p. 390.

(h) *Pufendorf*. obss. iur. univ. tom. I. abs. 135. — *Thibaut*. sist. §. 512.

(i) *Goschen*, §. 512. — *Puchta*, lez. al §. 369. — *Molitor*, II. p. 216.

quanto forzata e artificiale dalle riportate parole della legge; non sapremmo con quanta logica una eccezione del secondo caso, cioè della regola per i fondi urbani, ci condurrebbe alla regola generale stabilita per i fondi rustici, ossia per un obbietto affatto diverso. La terza opinione non dà alla fine un cattivo risultato, ma bisogna convenire che non sta in armonia con le parole di *Ulpiano*. Resta adunque la quarta e l'ultima delle riportate opinioni; la quarta è per sè importante per intrinsici motivi, l'ultima sta più in armonia con le parole della legge; ma poichè l'ultima oltre a corrispondere alle parole, ci porta ad un risultato logico, l'accettiamo come la più esatta; ed in fatti quando nel contratto anteriore è stabilito in iscritto il tempo della locazione, ciò dà una legale presunzione, che in una tacita *relocatio* si accetta il medesimo tempo stabilito nel primo contratto (k).

§. 375.

2) Della locatio et conductio operarum et operis.

Aug. Hause de op. et cond. comment. iur. civ. Lips. 1814.

1) La *locatio et conductio operarum* consiste in ciò, che uno dei contraenti promette all'altro determinati servigi ed opere per compenso in denaro, senza che il compimento di una determinata opera sia l'obbietto immediato del contratto. Colui il quale promette l'opera è il *locator*, chi promette il compenso il *conductor operarum* (a); a questo concetto appartengono i contratti fatti con servitori e giornalieri. Sono però obbietti di questo contratto solamente le opere materiali, e non le intellettuali e le liberali (b). Per questo contratto valgono le medesime regole della *locatio et conductio rerum*, fino a tanto ch'esse possono essere compatibili colla natura dell'obbietto: ossia il compenso dev'essere dato in moneta contante, sebbene in alcune volte possono essere date anche cose in pagamento (c).

(k) Ved. *Vangerow*, §. 645. — *Marezoll*. Gior. di Giess. III. p. 280.

(a) L. 5. §. 2. de praescr. verb. (19. 5.). *Paul*. At quum do, ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emtio si res, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio. Quodsi tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur, idque, quum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit, et tantum temporis consumtum sit, ut potuerit deberetque manumitti, condici ei potest, vel praescriptis verbis agi; quod his, quae diximus, convenit. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti, et is, quem dedi, evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem.

(b) L. 1. pr. si mensor fals. mod. (11. 6.). — L. 5. §. 2. de praescr. verb. cit. — Ved. not. prec. — L. 1. pr. §. 1. de extr. cogn. (50. 13.).

(c) L. 9. C. de pactis (2. 3.). — Si pascenda pecora partiaria, id est ut foetus eorum portionibus, quibus placuit, inter dominum et pastorem dividantur, Apollinarem suscepisse probabitur, fidem pacto praestare per iudicem compelletur.

Da una parte il *locator operarum* ha l'*actio locati* per conseguire il promesso compenso e per far valere i diritti nascenti da altri patti aggiunti, come la somministrazione del vitto, delle spese, o dell'abitazione; il conduttore è obbligato al pagamento del compenso, anche quando i servigi sono stati inutili per lui, e quando, per una circostanza inerente non nella persona del locatore, ma in quella del conduttore essi non ebbero luogo; eccetto però quando il locatore ebbe altronde lo stesso compenso (d).

Dall'altra parte il conduttore ha l'*actio conducti*, per costringere l'altro contraente ai servigi e alle opere promesse, alla prestazione de'danni ed interessi in caso che per colpa i servigi furono imperfettamente o per nulla adempiuti, ovvero se per negligenza o cattiva volontà fu arrecato danno al patrimonio del conduttore (e). In caso che il locatore avesse locato a molti le sue opere, il primo conduttore è preferito agli altri (f).

2) Se l'obbietto del contratto è la esecuzione di un determinato lavoro per mezzo dell'attività di uno de'contraenti, si ha la *locatio conductio seu redemtio operis;* colui il quale promette la sua opera per la esecuzione del lavoro, rispetto alla sua attività è locatore di opere, rispetto al lavoro da farsi è *conductor operis*; chi all'opposto promette la mercede rispetto alle opere dell'artefice è *conductor operarum*, rispetto al lavoro dicesi *locator operis* (g).

Il primo ossia il *conductor redemtor operis* è obbligato alla esecuzione dell'opera, ed ha per sè l'*actio conducti* per costringere l'altra parte al pagamento del compenso; generalmente egli ha questo diritto dopo aver terminato in ogni sua parte l'opera commessa (h). L'azione medesima può

(d) L. 13. 19. §. 9. 10. L. 38. pr. h. t. (19. 2.). *Ulp.* Quum qnidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qni eas conduxerat, decessisset, Imperator Antoninus cum Divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: *Quum per te non stetissa proponas, quominus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti fidem contractus impleri aequum est.*

(e) Pr. §. 1. Inst. h. t.

(f) L. 26. h. t. (19. 2.). *Ulp.* In operis duobus simul locatis convenit, priori conductori ante satisfieri.

(g) L. 22. §. 2. L. 25. §. 7. L. 36. 51. pr. h. t. *Iavol.* Quum insulam aedificandam loco, nt sua impensa conductor omnia faciat; proprietatem qnidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est; locat tamen artifex operam suam, id est faciendi necessitatem.

(h) L. 30. §. 3. L. 36. 51. §. 1. h. t. *Iavol.* Locavi opus faciendum ita, ut pro opere redemtori certam mercedem in dies singulos darem; opus vitiosnm factum est; an ex locato agere possim? Respondit: si ita opus locasti, nt bonitas eius tibi a conductore approbaretur, tametsi convenit, nt in singulas operas certa pecunia daretur, praestari tamen tibi a conductore debet, si id opus vitiosnm factum est; non enim qnidqnam interest, utrnm uno pretio opus, an in singulas operas collocatur, si modo nniversitas consnmmationis ad condnctorem pertinnit. Poterit itaque ex locato cum eo agi, qui vitiosnm opus fecerit, nisi si ideo in operas singulas merces constituta erit, nt arbitrio domini opus efficeretur; tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur.

nel tempo stesso essere diretta all'*id quod interest* per i danni cagionati dalla colpa dell'altro contraente (i).

L'altro contraente, il *locator operis*, ha l'*actio locati*, la quale è diretta alla esecuzione del lavoro, e secondo le circostanze all'*id quod interest* se vi è danno prodotto da colpa dell'altro contraente (k).

Il conduttore dell'opera è tenuto che il lavoro sia secondo la commissione e senza difetti (l). Il *redemtor operis*, non risponde del semplice caso fortuito, si bene del danno derivante da un difetto dell'opera prima che il locatore non l'avesse approvata; quando tale approvazione è necessaria non è richiesto da lui che una diligenza dell'opera (m).

§. 376.

E. Contratto di enfiteusi

Per questo contratto ved. vol. I. lib. III. c. 4.

F. Receptum nautae caupones stabularii.

§. 377.

1) Principii generali.

T. D. nautae caupones, stabularii et recepta restituat (4. 9);— Furti adversus nautas, caupones stabularios (47. 5).

I padroni di barca e gli osti i quali accettano viaggiatori con le loro cose, ed in generale chiunque per industria dà alloggio ai forestieri, assume l'obbligo della restituzione di quelle cose, e deve rispondere circa esse di qualunque danno o dispersione (a).

(i) L. 28. C. h. t.

(k) L. 48. pr. h. t. — L. 13. §. 1-6. L. 25. §. 7. L. 58. §. 1. eod.

(l) L. 51. §. 1. L. 62. h. t. — Ved. not. (h).

(m) L. 36. 37. h. t. *Florent.* Opus, quod aversione locatum est, donec approbetur, conductoris periculum est. Quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit; et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quominus opus approbetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit, quam approbaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit; non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset. — *Iavol.* Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumtum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.

(a) L. 1. L. 2. 3. pr. §. 2. L. 6. §. 3. h. t. (4. 9.). *Ulp.* Ait Praetor: *Nautae, caupones, stabularii quod cuiusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos iudicium dabo.* Maxi-

Questo obbligo è fondato quando le persone determinate esercitano la industria di oste o di padrone di barca, e comincia appena i viaggiatori furono ricevuti e trasportarono nella locanda o barca o consegnarono le loro cose (b).

È fondato l'obbligo medesimo per qualunque danno o dispersione degli oggetti fatto anche dai servitori o da altri viaggiatori, cosicchè l'oste non risponde solamente per *omnis culpa*; tale obbligazione cessa appena vi è una *vis maior*, per cui si concede all'obbligato una eccezione; ovvero quando vi è colpa di colui che esercita il diritto, o pure le cose furono involate fuori della barca o dell'osteria (c).

In generale è indifferente se le cose furono consegnate a coloro che menano una di queste industrie, o alla loro gente, e se si sia o no pattuita la mercede (d).

La semplice protesta degli osti ecc. p. e. affissa alla porta della locanda non scusa da questi obblighi; fa mestieri che essi si dichiarino coi viaggiatori rimuovendo da loro ogni obbligo, e che questi ultimi accettino la dichiarazione; ossia si possono esimere solamente per via di contratto (e).

Da quest'obbligo nasce una doppia azione:

ma utilitas est huius Edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodiae eorum committere. Ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum; nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant; et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos, quos recipiunt, coeundi, quum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus.

(b) L. 1. §. 8. L. 3. §. 2. eod. *Ulp.* Recipit autem salvum fore, utrum, si in navem res missae ei assignatae sunt, an, etsi non sint assignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt receptae videntur? Et puto, omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt, et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum.

(c) L. 3. §. 1. L. 7. prod. *Ulp.* Ait Praetor: *nisi restituent, in eos iudicium dabo*. Ex hoc Edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria, videndum, quia egi civili actione ex hac causa poterit. Si quidem merces intervenerit, et locato vel conducto; sed si tota navis locata sit, qui conduxit, ex conducto etiam de rebus, quae desunt, egere potest; si vero res perferendas nauta conduxit, et locato conveniatur; sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. Miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, quum sint civiles; nisi forte, inquit, ideo, ut innotesceret Praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum, et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat praestatur. At hoc Edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa eius res periit, vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. Inde Labeo scribit, si quid naufragio, aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo, aut in caupona vis maior contigerit.

(d) L. 1. §. 2. 3. 5. L. 3. §. 1. L. 6. pr. h. t. *Paul.* Licet gratis navigaveris, vel in caupona gratis deverteris, non tamen in factum actiones tibi denegabuntur, si damnum iniuria passus es.

(e) L. 7. pr. h. t. *Ulp.* Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi, sive servi factum praestare. Nec immerito factum eorum praestat, quum ipse eos suo periculo adhibuerit; sed non alias praestat, quam si in ipsa nave damnum datum sit. Ceterum, si extra navem, licet a nautis, non praestabit. Item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestiturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur.

1) Un'*actio in factum quasi ex delicto* la quale è diretta al doppio; bisogna però che si provi le cose esser state involate nella locanda e dalla gente dell'oste (f). Quest'azione non è trasmessa agli eredi, ma è perpetua (g).

2) Se al contrario non si può provare che la sottrazione è stata commessa dalla gente dell'oste, allora si dirà un'*actio in factum* per la restituzione delle cose diretta al loro valore, l'*actio de recepto*; essa è semplicemente *rei persecutoria* e va contro agli eredi (h).

§. 378.

2) Della legge Rhodia de Jactu.

T. D. de leg. Rhodia de iactu (14. 2). — *Schryver*, sur la loi Rhodia de iactu, Bruxelles 1844.

Secondo una legge proveniente dall'isola di Rodi, legge Rodia, accettata dai Romani, è stabilito, che la perdita delle merci gettate in mare per salvare la nave dal naufragio è sopportata ugualmente da tutti i proprietaril, e da quelli delle merci gettate, e da quelli delle merci salvate, e da quelli da nave (a).

Per applicarsi convenientemente questa massima si richiede che le cose fossero non già cadute a caso dalla nave, ma gettate allo scopo di salvarla da un pericolo imminente (b); che se il pericolo fosse cagionato per colpa del padrone della nave, avrà luogo l'*actio legis Aquiliae* (c). Bisogna che in realtà le altre cose caricate sulla nave fossero state salvate per questo mezzo, e che non sieno perite durante il tragitto (d).

Dal concorrere ai danni del getto è eccettuato solo il proprietario delle vettovaglie; per regola, stimate le cose perdute secondo il prezzo col quale furono comprate, le salvate per quanto possono essere vendute, il danno si divide egualmente fra tutti (e).

(f) Ved. L. 7. §. 1. 2. h. t. — Ved. not. prec.—L. un. advers. naut. (47. 3.).

(g) L. 7. §. 6. h. t. (4. 9.). — Haec indicia, quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt; in heredem autem non dabuntur. Proinde et, si servus navem exercuit et mortuus est, de peculio non dabitur actio in dominum, nec intra annum. Sed quum voluntate patris vel domini servus vel filius exercent navem, vel cauponam, vel stabulum, puto etiam hanc actionem in solidum eos pati debere, quasi omnia, quae ibi contingunt, in solidum receperint.

(h) L. 1. §. 3. L. 3. §. 1-5. h. t.

(a) L. 1. 9. h. t.

(b) L. 2. pr. §. 1. 2. L. 6. 7. h. t.

(c) Ved. L. 27. §. 23. ad leg. Aquil. (9. 2.). — L. 30. §. 2. locat. (19. 2.).

(d) L. 2. §. 7. L. 4. §. 1. L. 5. pr. h. t.

(e) L. 1. 2. §. 2. 4. L. 4. §. 2. h. t.

Come nel trasporto delle merci vi è una *locatio conductio*, così i proprietarii delle cose perite si rivolgono con l'*actio conducti* al padrone della nave, il quale a sua volta si rivolge mediante l'*actio locati* contro gli altri, ma come egli non è tenuto pel getto, cede la propria azione, e ciascun convenuto è condannato *pro parte* (f).

I Romani estesero queste regole per analogia ad altri casi: p. e. nel caso che la nave venga inseguita dai pirati; quando vengono tagliati gli alberi o altri attrezzi, ovvero quando furono gettate in mare le merci per alleggerire la barca ecc. (g).

§. 379.

5) Obblighi per servigi prestati.

Quando taluno riscuote comunemente un compenso ai suoi servigi, tra lui e chi l'adopera, senza bisogno di speciale convenzione, nasce un tacito contratto di locazione: e per colui che ha prestato i suoi servigi è fondata un'*actio praescriptis verbis* (a).

Oltre a ciò per coloro i quali prestano servigi non offerti comunemente, nè locati, come i servigi morali e scientifici degli avvocati, delle levatrici, de'chirurgi, dei professori, eccetto i professori di filosofia e di diritto civile, dei sensali (*proxenetae*) ecc. è anche accordato un compenso determinabile dal giudice, e che si potrà conseguire per mezzo di una *extraordinaria cognitio* (b).

Un singolare servigio è quello per cui si dà a taluno una cosa, affinchè questi interceda presso il principe; nasce da ciò un obbligo tutte le volte che il *suffragium* non è sollecitato per aver un impiego, nè sia obbligatorio per ragione di ufficio (c).

(f) L. 2. pr. h. t.
(g) L. 2. §. 3. L. 3. 4. pr. 5. §. 1. eod. — confr. L. 4. §. 2. eod.
(a) L. 22. de praescript. verb. (19. 5.).
(b) L. 1. 4. de extr. cogn. (50. 13.). — L. 1-3. de proxeneticis (50. 14.).
(c) L. un. C. de suffragio (4. 3.). — Nov. 8. c. 1. 7. Nov. 161. L. 6. C. ad leg. Iul. repet. (9. 27.).

E. Obbligazioni nascenti da una comunione.

§. 380.

1) Del contratto di società.

P. Inst. de societate (3. 25); — D. pro socio (17. 2); — C. 4. tit. (4. 37).

I. La società è un contratto bilaterale, per mezzo del quale due o più persone si uniscono per conseguire uno scopo lecito e giovevole ai loro patrimonii (a).

1) L'obbietto di un tale contratto differisce secondo i casi; così se l'obbietto della società consisterà nella prestazione comune di opere, si appellerà *societas operarum*, se al contrario consisterà in cose, si dirà *societas rerum* (b).

Anche nella società *rerum* l'oggetto può essere diverso, cioè le cose possono essere poste in comune rispetto alla proprietà o rispetto al semplice godimento, ovvero rispetto all'uno e l'altro nel medesimo tempo; nel primo caso si avrà una *societas sortis*, nel secondo una *societas usus* (c).

2) Come l'oggetto così lo scopo può essere diverso, ed in fatti le società si distinguono in *simplex* e in *negotiaria* o *questuaria;* la prima si ha quando la società tende a tutt'altro fine che il guadagno, come un comune piacere, l'arte, la scienza, ed in questo caso esiste la relazione giuridica, quando per conseguire lo scopo comune vi sia bisogno di obblighi pecuniarii. Al contrario quando lo scopo della società è un lucro, bisognerà distinguere se un tale lucro comune è tutto ciò che nasce dall'attività dei socii, ed allora la *societas* dicesi *questuaria generalis*; che se addiverrà comune semplicemente il guadagno di una determinata specie di affari, sarà *specialis*; e se finalmente solo il guadagno di un singolo affare sarà comune si dirà *societas questuaria singularis* (d).

Queste tre specie di società sono conosciute col nome di *societas singularis*, in contrapposto della *societas omnium bonorum* la quale consiste nella comunione dell'intiero patrimonio con ogni lucro e danno (§.381) (e).

In caso che vi fosse dubbio sulla natura della società si presume sem-

(a) L. 31. 32. 37. h. t.
(b) L. 71. pr. h. t. — §. 2. Inst. h. t. — L. 1. C. h. t.
(c) L. 58. pr. h. t.
(d) L. 5. pr. L. 8. 52. L. 71. §. 1. h. t.
(e) L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. L. 5. pr. L. 52. §. 6. 16. L. 73. h. t.

pre per una società generale, e non per la *societas omnium bonorum* (f).

II. In rapporto agli obblighi nascenti da un simile contratto fa mestieri distinguere quelli de'socii tra loro, e quelli di tutti essi verso i terzi.

1) I socii tra loro sono obbligati a prestare tutto quello che è determinato secondo la natura e scopo della società che contrassero; e la perdita delle cose avvenuta prima che si fossero messe nel patrimonio sociale è sempre a carico del proprietario e non della società (g).

Tutti i socii sono obbligati di pagare le spese necessarie ed utili fatte da un socio in vantaggio comune; il danno per caso fortuito avvenuto alle cose di un socio dopo che queste furono messe nella comunione, va a carico di tutti; ed il lucro e la perdita si divide in proporzione di quanto ciascuno ha contribuito; similmente anche il danno che agli altri deriva per la insolvenza di un socio (h).

Ciascun socio nell'amministrazione del patrimonio sociale deve prestare la *diligentia in concreto*, quando esige denaro o altro, deve versarlo nel patrimonio sociale con gl'interessi in caso di mora (i).

Per attuare i quali obblighi è dato al socio contro l'altro l'*actio pro socio*, se non che il socio convenuto potrà opporre l'*exceptio competentiae* (k). Con l'*actio pro socio* possono concorrere ancora altre azioni, come l'*actio communi dividundo*, *actio furti* o la *condictio furtiva*, l'*actio legis Aquiliae* e l'*actio emti venditi* (l).

Le disposizioni che riguardano i diritti e gli obblighi de'socii tra loro possono essere modificate per mezzo di patti aggiunti; senonchè:

a) Il patto che uno dei socii sia escluso perfettamente da qualunque guadagno che dovrebbe andare ad altri, distrugge perfettamente il concetto della società; una simile società fu appellata dai Romani *leonina* (m).

(f) L. 7-11. 13. 60. §. 1. L. 71. §. 1. h. t.—L. 45. §. 2. de acqu. vel. om. hered. (29. 2.).

(g) L. 5. §. 1. L. 29. pr. L. 58. §. 1. h. t.

(h) L. 6. L. 38. §. 1. L. 50. L. 52. §. 4. 15. L. 60. §. 1. L. 61. 63. §. 5. L. 67. h. t.

(i) L. 5. §. 2. commod. (13. 6.). — L. 52. §. 2. L. 60. 72. h. t. L. 23. de usur. (22. 1.).

(k) L. 63. pr. h. t. Circa alla contraddizione tra questa legge e la L. 16. de re ind. Vedi *Puchta*, Pand. §. 245, il quale crede che nella compilazione delle Pandette sia stata messa facilmente una frase di qualche giurista dissenziente, e dà per pratico risultato che la limitazione ammessa in quest'ultima legge non debba aver nessuno effetto. Al contrario il *Reuter*, giorn. di Giess. N. ser. XVI. N. 1. (1863.) concilia i due passi notando la differenza delle parole adoperate da *Ulpiano;* giacchè nella prima legge dice *condemnari*, nella seconda *conveniuntur*, ed opina che tanto il *socius unius rei*, quanto il *socius omnium bonorum* hanno l'*exceptio competentiae*, ma che solo quest'ultimo può opporla anche in esecuzione della sentenza dopo la *res iudicata*. Il *Vangerow*, §. 174. ann. 2. num. 7. vorrebbe ammettere l'*exceptio competentiae* pel *socius unius rei*, dopo una *causae cognitio*, per l'altro assolutamente: arg. L. 22. §. 1. de re ind. Questa ultima opinione pare la più esatta.

(l) L. 38. fin. L. 43. 45. 47. 51. L. 69. h. t.

(m) L. 29. §. 2. h. t. confr.—L. 32. §. 4. de don. int. vir. et ux. (24. 1.).

Se in un simile affare vi è l'*animus donandi*, e gli altri requisiti della donazione, può essere considerato come valido.

b) Al contrario può esser valido quel patto, per mezzo del quale uno dei socii ha il guadagno e viene liberato da qualunque danno; ma in questo caso non è da comprendersi qualunque danno assolutamente e qualunque guadagno; si deve invece intendere di quel guadagno ultimo che si ha, sottratte le spese ed i danni, e per danno quello che resta sottratto il guadagno (n).

È ancora valido quel patto aggiunto in forza del quale ad uno dei socii è determinata una più grande porzione di guadagno; ma in questo caso, come ancora nel precedente, quando si parla di una vera società, si deve ritenere che la porzione maggiore sia quale compenso di maggior peso (o).

d) Quando per un socio si è determinata una porzione maggiore di guadagno senza determinarsi quale parte di perdita egli sopporterà, questa si proporzionerà al guadagno (p).

2) Quanto ai diritti e agli obblighi de' socii rispetto ai terzi bisogna considerare i seguenti casi:

a) Se tutti i socii insieme hanno conchiuso un affare con un terzo, è regola generale ch'essi possono convenire quest'ultimo in giudizio *pro rata*, e sono egualmente convenuti dal terzo; però la porzione che essi debbono non è la porzione virile, ma la rata secondo la loro parte sociale (q).

b) Se invece un solo o alcuni hanno conchiuso l'affare col terzo, in quanto ai diritti degli altri socii che nascono da un simile contratto, valgono le medesime regole nell'acquisto dell'azione per parte de' terzi (§. 344). Per la qual cosa gli altri socii possono convenire il terzo come cessionarii, ed essi hanno il diritto di chiedere una tale cessione secondo le loro porzioni sociali, quando l'affare conchiuso secondo il suo carattere giuridico può essere appellato affare sociale. Al contrario rispetto agli obblighi degli altri socii bisogna ancora distinguere:

aa) Se il socio contraente è un mandatario, vero *institor* degli altri

(n) L. 29. §. 1. h. t. *Ulp.* Ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat; quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est; plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quam pecunia; item si solus naviget, si solus peregrinetur pericula subeat solus. — §. 2. Inst. h. t.

(o) §. Inst. h. t. — L. 29. pr. h. t. Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? Placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae, vel operae, vel cuiuscumque alterius rei causa.

(p) §. 3. Inst. h. t.

(q) L. 11. §. 1. de duob. reis (45. 2.). — L. 9. C. si cert. pet. (4. 2.). — L. 4. pr. de exerc. act. (14. 1.). — L. 44. §. 1. de aed. ed. (21. 1.).

socii, ed in tale qualità ha conchiuso l'affare, gli altri sono obbligati *in solidum* (r) senza che potessero avere il *beneficium divisionis* (s).

bb) Se un socio senza essere mandatario ha conchiuso l'affare col terzo nell'interesse della società, egli solo è direttamente obbligato verso il terzo contraente; questa regola generale soffre eccezione in due casi: cioè quando dopo conchiuso l'affare segue la *ratihabitio* degli altri socii, ed in questo caso saranno obbligati in *solidum* (t), e quando per mezzo dell'affare conchiuso da uno dei socii, si accrebbe il patrimonio sociale (u); ma in questo caso secondo le regole per la *rem versio*, gli altri socii possono essere obbligati solamente *pro rata* (w).

cc) Finalmente quando il socio fece l'affare in proprio nome, egli rimane verso il terzo contraente solo obbligato, anche quando la società ne ritrae vantaggio.

III. La società cessa *ex personis, rebus, voluntate, actione* (v).

1) *Ex personis solvitur societas:*

a) Per mezzo della morte di uno de' socii; giacchè gli eredi non addivengono socii, sebbene per le relazioni giuridiche in ciò che riguarda il guadagno e l' utile, gli eredi rispondono alla società, e questa agli eredi, eccetto nella *societas vectigalium*; anzi avvenuta la morte non solo non si trasmette la società, ma la medesima si estingue salvo quando fu stabilito diversamente (x); in caso che la società fosse stabilita in perpetuo, l'erede non può essere mai obbligato a continuarla (y);

b) La società si estingue per mezzo della *capitis deminutio massima* e *media;* per la *cap. dem. minima* non termina la società, nè rispetto al solo *deminutus*, nè rispetto agli altri socii (z).

(r) L. 4. §. 1. de exercit. act. (14. 1.). *Ulp.* Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, huius nomine in solidum poterunt conveniri.—Confr. L. 1. §. ult. L. 2. eod. L. 13. — §. 2. L. 14. de instit. act. (14. 3.).

(s) L. 2. de exercit. act. (14. 4.). — Confr. L. 27. §. 8. de pec. (15. 1.).

(t) L. 60. de R. I.

(u) L. 82. h. t. *Papinian.* Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.

(w) Ved. L. 10. §. 4. L. 13. de in rem. verso (15. 3.).

(v) L. 63. §. 10. h. t. *Ulp.* Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione; ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas. Intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione, aut morte; res vero, cum aut nullae relinquantur, aut conditionem mutaverint, neque enim eius rei, quae iam nulla sit, quisquam socius est, neque eius, quae consecrata publicatave sit; voluntate distrahitur societas renuntiatione.

(x) L. 4. §. 1. L. 35. 36. L. 63. §. 8. 10. L. 65. §. 9. h. t.—ved. not. prec.—§. 5. Inst. h. t.

(y) L. 1. 52. §. 9. L. 59. 70. h. t.

(z) L. 4. §. 1. L. 65. §. 11. h. t. *Paul.* Societas quemadmodum ad haeredes socii non transit, ita nec ad arrogatorem, ne alioquin invitus quis socius efficiatur, cui non vult; ipse autem arrogatus socius permanet, nam et si filiusfamilias emancipatus fuerit, permanebit socius.

c) Finalmente si estingue per mezzo del concorso sulle facoltà di un socio, e per il sequestro (aa).

2) *Ex rebus* quando l' oggetto della società perisce interamente: o quando lo scopo sociale è raggiunto (bb).

3) *Ex voluntate* mediante espressa e tacita rinuncia anche quando fu stabilita una società perpetua (cc). Se il socio vi rinuncia per frodare gli altri, ossia per conseguire egli solo il guadagno, sarà obbligato di dividere il guadagno che ne avrà conseguito, che se gliene venga danno, dev'essere sopportato da lui solo (dd).

Quando un socio ha disdetta la società ad un altro assente, finchè questi non ne ebbe notizia, deve il primo conferire il guadagno nel patrimonio sociale, e il danno resta a suo carico; dall'altra parte quello che acquista l' assente spetta a sè solo, ciò che perde è comune ad entrambi (ee). La medesima regola si avrà quando un socio si disdice nel tempo in cui all'altro socio interessa che non venisse sciolta la società, giacchè nel guadagno egli non avrà parte, pel danno dev'essere obbligato in proporzione, eccetto quando la rinuncia fu fatta per necessità (ff).

4) Finalmente *ex actione* per mezzo della novazione o della lite (gg).

ANNOTAZIONE

È importante quistione: quando di una società non è dichiarata la natura, e si ritiene esservi una *societas*, in cui le cose dei socii addivengano comuni, se questa società riguardi la proprietà delle cose (*societas sortis*), ovvero l'uso (*societas usus*)?

(aa) §. 7. 8. Inst. h. t.—L. 4. §. 1. L. 65. §. 1. 12. h. t. *Paul.* Publicatione quoque distrahi societatem diximus, quod videtur spectare ad universorum bonorum publicationem, si socii bona publicentur; nam quum in eius locum alius succedat, pro mortuo habetur.

(bb) L. 65. §. 10. h. t. — ved. not. (v). — confr. §. 4. Inst. h. t.

(cc) L. 14. 64. 70. h. t. confr. L. 26. de servit. praed. urb. (8. 2.). — L. 77. §. 20. de legat. (31). — L. 5. C. comm. div. (3. 37.).

(dd) §. 4. Inst. h. t. L. 65. §. 3. 4. 5. 6. h. t. *Paul.* Diximus, dissensu solvi societatem; hoc ita est, si omnes dissentiunt; quid ergo, si unus renuntiet? Cassius scripsit, eum, qui renuntiaverit societati, a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. Quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, quum omnium bonorum societatem inissemus, deinde quum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit; ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum, qui renuntiavit, pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio. Quodsi quid post renuntiationem acquisierit, non erit communicandum, quia nec dolus admissus est in eo.

(ee) L. 17. §. 1. h. t. *Paul.* Si absenti renuntiata societas sit, quoad is scierit, quod is acquisivit, qui renuntiavit, in commune redigi debet, detrimentum autem solius eius esse, qui renuntiaverit; sed quod absens acquisivit, ad solum eum pertinere, detrimentum ab eo factum commune esse.

(ff) L. 65. §. 6. confr. L. 14. 16 L. 17. §. 2. h. t.

(gg) L. 65. pr. h. t.

Per rispondere convenientemente ad una tale domanda bisogna por mente alla qualità delle cose messe i comune.

1) Quando si tratta di cose non fungibili, *quae usu non consumuntur*, si deve reputare società *quoad usum*, poichè le cose medesime possono essere adoprate od usate anche da terze persone senza che passa con l'uso la proprietà; onde quando si contrae una società, non è necessario che per lo scopo della medesima si dovesse estinguere la proprietà de' singoli, e perciò una estinzione della proprietà non si deve in questa circostanza presumere; così quando alcuno ha un cavallo ed un altro tre e contraggono di mettere insieme i quattro animali per una quadriga e fare un maggiore guadagno, le leggi considerano una tale società *quoad usum* (hh). Per la qual cosa, ammessa in tale circostanza una *societas quoad usum*, ne segue che appena termina la società, le cose messe in comune ritornano ai rispettivi proprietarii, poichè essi non cessarono mai di essere tali; similmente quando una delle cose messe in comune perisce per caso fortuito, il danno dev'essere sopportato dal solo proprietario (ii).

2) Quando al contrario le cose messe in comune sono fungibili e consumabili, deve accettarsi sempre una *societas quoad sortem*. Imperocchè l'uso sopra simili cose non può essere possibile altrimenti che con la estinzione della proprietà finora esistente, e l'uso involve nel medesimo tempo la proprietà; onde poste in comune simili cose, la proprietà passa con l'uso a tutti i socii in comune, ciò avviene massimamente, quando per uno scopo sociale si mette in comune il danaro. Da questo principio nasce la conseguenza, che se una delle cose messe in comune perisce per caso fortuito, il danno dev'essere sopportato da tutti i socii in comune (kk). Ma non ostante che la proprietà sia passata alla società, una volta questa sciolta, il danaro messo in comune dev'essere restituito a ciascun socio nella medesima proporzione che fu messo, anche quando, messo il denaro in porzioni ineguali, fosse poi stabilito un eguale guadagno ed eguale perdita. La stessa regola è da tenersi presente pel caso che uno ha messo danaro, l'altro ha prestato la sua opera; anche qui il danaro addiviene sociale, sicchè se vi è una perdita del medesimo, essa dev'essere sopportata dalla società; ma dopo sciolta la medesima, il danaro ritorna al socio che lo mise in comune. Dato che A. e B. contraggono una società in modo che il primo mette una somma uguale a 10000, e l'altro s'incarica di menare innanzi l'affare, se di questa somma 4000 vanno perduti, anche prima che vengono impiegati, non deve ritenersi che il socio abbia posto solamente la somma di 6000: similmente se la società con quest'ultima somma abbia guadagnati altri 6000, dopo lo scioglimento della società trovandosi la somma di 12000 non si deve ritenere il guadagno di 6000, ma piuttosto è a decidersi il caso in questa guisa: il guadagno è di 2000, ed A deve ricevere tutto il suo denaro cioè 10000, e la metà del guadagno 1000, in tutto 11000; e l'altro socio il guadagno di mille: al contrario se con quei 6000 si fossero guadagnati 4000, si riterrà come la società non avesse nulla guadagnato e per conseguenza A. riceverà tutti i suoi 10000 e B. nulla: e se invece di 4000 se ne sono guadagnati solamente 2000, la società sarà in perdita di 2000, e questo danno in proporzione eguale dev'essere sopportato da entrambi. Una simile relazione quan-

(hh) L. 58. pr. h. t.
(ii) L. 58. pr. cit.
(kk) L. 58. §. 1. h. t.

tunque semplice non è stata considerata specialmente dagli antichi giureconsulti. Imperocchè prendendo punto di partenza dal principio, che essendo l'opera dell'altro da considerarsi come danaro (ll), e per conseguenza un capitale messo in comune, deducono una di queste due conseguenze: o che dopo terminata la società il patrimonio sociale esistente debba dividersi tra i socii a porzioni eguali, ovvero bisogna fare la distinzione se l'opera di un socio in valore sia eguale al capitale messo dall' altro, o no; nel primo caso vi sarà la divisione in eguali porzioni del patrimonio sociale esistente al tempo dello scioglimento della società, nel secondo avrà luogo la restituzione del capitale (mm). Nell'ultimo esempio, secondo questa opinione, i 10000 esistenti al tempo dello scioglimento della società devono essere divisi egualmente tra i socii: essi afforzano tale conseguenza dalla considerazione che sarebbe troppo duro in una simile circostanza, che uno de' socii dovesse conseguire tutto il capitale, e l'altro dovrebbe perdere il tempo e la fatica. Piuttosto, secondo noi, devesi fare il seguente ragionamento: A. mette nella società il capitale, e B. la propria attività, e quando questi fondi restano senza risultato A. perderà gl'interessi del capitale, e B. i proprii servigi (nn).

§. 381.

2) Societas omnium bonorum.

Si ha la società di tutti i beni quando tutto il patrimonio del socio addiviene sociale, perciò una tale società è detta anche *universalis*. Appena conchiusa una simile comunione immediatamente senza bisogno di tradizione le cose di ciascun socio addivengono proprietà comune (a). Se invece di cose vi sono crediti nel patrimonio del socio, questi non passono immediatamente nella proprietà comune, ma mediante cessione (b); similmente i socii sono obbligati a conferire nel patrimonio sociale tutti i legittimi acquisti avuti anche dopo conchiusa la società (c); per conseguenza la *societas omnium bonorum* comprende tanto il patrimonio del socio esistente al tempo della conchiusione della società, quanto il futuro.

Come l'attivo, così il passivo addiviene comune, sicchè la società rimane debitrice e non il semplice socio; senonchè quando l'obbligazione nasce da un delitto i socii non debbono risponderne. Quindi l'acquisto del

(ll) Ved. L. 52. §. 2. h. t. §. 2. Inst. h. t.

(mm) Ved. Glossa ad L. 1. C. h. t.— *Teller*. de divisione lucri et damni c. 3. §. 5.—*Ghick*. XV. p. 398. not. 82.

(nn) Ved. *Mayr*, de divisione bon. societ. p. 21.—*Vangerow*, §. 651. annot. 2.

(a) L. 1. §. 1. L. 2. h. t.

(b) L. 3. pr. §. 1. L. 52. §. 16. L. 73. 74. h. t. *Paul*. Ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu, sed actiones invicem praestari debent. Quum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et hereditas, et legatum, et quod donatum est, aut quaqua ratione acquisitum, communioni acquiretur.

(c) L. 27. 73. infin. h. t. L. 52. §. ult. L. 53. 56. h. t.

socio fatto per atto illecito non vien conferito, e se ciò avviene, bisogna fare la distinzione se gli altri socii conoscevano o ignoravano la origine dell'acquisto; solamente nel primo caso essi saranno obbligati, mentre nel secondo si restituisce solamente ciò ch'entrò nel fondo comune; lo stesso si dica quando il socio viene senza colpa condannato da un' azione nascente da delitto (d).

Tutti i socii hanno diritto di prendere tanto dal patrimonio sociale, quanto è necessario per sè e per la famiglia.

Terminata la società il patrimonio comune si divide tra i socii in parti uguali; senza aver riguardo alla parte che ognuno ha conferito.

§. 382.

3) Della communio incidens e dei giudizii divisorii.

I. Appena più persone sul medesimo obbietto hanno un comune diritto reale, si ha la *communio*, la quale può venire o *ex còntractu*, o indipendente dalla volontà, *communio* detta *incidens*, ch' è riguardata come un quasi contratto. Da quest' ultima *communio* nascono questi obblighi: l' amministrazione del patrimonio in comune, le prestazioni personali tra i condomini, e la divisione del medesimo.

1) Il condomino è obbligato a prestare all'altro tutto ciò che ha guadagnato dall' amministrazione del comune patrimonio, e risponde del danno prodotto per colpa sua, e della *diligentia in concreto*. D'altra parte ha diritto di pretendere, come il socio, il rimborso delle spese (a).

2) Il secondo obbligo è la divisione in quanto che tutti i condomini hanno il diritto e nel medesimo tempo l' obbligo alla divisione, anche quando vi esistesse un patto contrario (b). Una tale divisione può essere giudiziale ed estragiudiziale (§. 273).

Per operare la divisione giudiziale della cosa comune sono fondate tre azioni: cioè *familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum.*

1) Sull' *actio familiae erciscundae*, ved. §. 374.

2) L'*actio communi dividundo* è concessa a' comproprietarii di cose singolari, quando la comunione è legalmente riconosciuta e finchè dura

(d) L. 7. h. t. *Paul.* De illn quaeritur, si ita societas, nt, si qna iusta hereditas, alterntri obvenerit, communis sit, quae insta hereditas, utrum quae iure legitimn nbvenit, an etiam ea, quae testamento? Et probabilius est ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere.

(a) L. 25. §. 16. fam. ercis. (10. 2.). — L. 14. §. 1. comm. div. (10. 3.). — §. 3. 4. Iust. de nbl. qnae quasi ex cnntr. (3. 27.).

(b) L. 14. §. 2. comm. div. (10. 3.).

la medesima, affine di operare la divisione delle cose stesse e per effettuare gli obblighi alle prestazioni personali (c).

Tutto quello che fu detto in rapporto all'*actio familiae erciscundae* in quanto alla divisione dell' eredità (§. 374) si applica ancora a questa azione; per la qual cosa essa è *duplex*, ed è concessa al condomino contro l'altro condomino; ma nel medesimo tempo può essere concessa utilmente a colui il quale esercita sulle cose in comune un diritto reale, mentre è assolutamente negata a colui il quale ha solamente un diritto personale, come il conduttore (d). L'azione medesima può essere adoperata per le prestazioni personali anche terminata la comunione, ma in questo caso è data come azione utile (e); ed è da osservare, che quando il condomino ha fatto spese che poteva fare solamente rispetto alle sue parti, e che non sono state necessarie per le parti degli altri condomini, egli non potrà esercitare l'*actio communi dividundo*, ma soltanto l'*actio negotiorum gestorum* (f). Se al contrario il condomino avesse fatto le spese nell'idea ch'egli fosse assoluto proprietario, non gli potrà essere concessa nè l'*actio communi dividundo*, nè la *negotiorum gestorum* pel rimborso delle spese medesime, ma avrà solamente il diritto di ritenzione, o il *ius tollendi* (g).

3) L'*actio finium regundorum* è data ai possessori di fondi limitrofi, i confini dei quali sia per caso sia per atto illecito si sono confusi, allo scopo di rintracciarli e fissarli novellamente (h).

Per questa azione valgono i seguenti principii:

a) L'azione ha luogo tra due fondi rustici confinanti, indipendentemente se sono siti in città e in campagna (i); se da un lato vi fosse un edificio, l'azione non viene esclusa (k), ma essa non ha luogo tra fondi urbani, e quando tra i due fondi vi è una pubblica strada o un fiume pubblico; non così quando vi fosse un rivo privato, giacchè questo non sarà un ostacolo all'azione (l).

(c) L. 1. L. 6. §. 1. 2. L. 11. 14. §. 1. 2. 3. h. t.

(d) L. 7. §. 3. 6. 7. 11. comm. div. (10. 3.).

(e) Ved. not. c.

(f) L. 40. de neg. gest. (3. 5.). — L. 6. §. 7. comm. div. (10. 3.).

(g) L. 14. §. 1. L. 29. h. t.

(h) T. D. fin. regund. (10. 1.). — C. h. t. (3. 39.).

(i) L. 4. §. 10. h. t. *Paul.* Hoc iudicium locum habet in confinio praediorum rusticorum, urbanorum displicuit; neque enim confines hi, sed magis vicini dicuntur, et ea communibus parietibus plerumque disterminantur; et ideo etsi in agris aedificia iuncta sint, locus huic actioni non erit. Et in urbe hortorum latitudo contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit.

(k) L. 2. pr. h. t. *Ulp.* Haec actio pertinet ad praedia rustica, quamvis aedificia inter veniant; neque enim multum interest arbores quis in confinio, an aedificium ponat.

(l) L. 4. §. 10. 11. L. 5. 6. h. t. — ved. not. (i).

b) L'azione ha luogo *inter ipsos fundos, e fundi nomine*: può essere esercitata non solo dal proprietario, ma anche da coloro che esercitano sul fondo un diritto reale, come enfiteuti, usufruttuarii ecc.; se in quest' ultima circostanza vi sarà un' aggiudicazione di proprietà, questa sarà naturalmente in favore del proprietario (m).

L' azione non potrà essere concessa a' condomini, e però neppure a chi avesse la proprietà esclusiva di un fondo e il condominio dell'altro (n).

c) È necessario inoltre che vi fosse una controversia sui confini, e che niuno de' proprietarii sapesse determinare i veri, ovvero una confusione de'confini medesimi, in cui ognuno dei proprietarii volesse stabilire limiti differenti dall'altro; in quest'ultimo caso l'azione *finium reg.* è detta *qualificata*; la quale vien negata solamente quando uno dei proprietarii conoscesse i veri confini, giacchè in questo caso vi sarà una *rei vindicatio* (o).

d) È scopo di questa azione determinare novellamente gli antichi confini; in quanto alle parti è da considerare che essa è un' *actio duplex* e per conseguenza chi si rappresenta come attore, può divenire anche convenuto (p). D'altra parte quando gli antichi confini sono stati determinati, ma questi sono considerati come insufficienti, il giudice chiamato ne potrà fissare altri e per conseguenza aggiudicare ad uno una parte del fondo, condannando l'aggiudicatario al rifacimento (q).

Può avvenire che gli antichi termini sono confusi talmente da riuscire impossibile qualunque tentativo per rintracciarli; in questo caso il giudice deve ritenere i luoghi disputati come *res communis*, e dividerli secondo che si sarà convinto; questa divisione varrà allora come confine novello (r).

e) Oltre lo scopo di ristabilire i confini, l'*actio finium regundorum* come le altre azioni di questa natura è diretta alle prestazioni personali, come i risarcimenti per la deteriorazione dell'oggetto e la restituzione di frutti, quelli percepiti dopo la *litis contestatio*, gli *extantes* prima; rispetto

(m) L. 4. §. 5. 9. h. t. *Paul.* Finium regundorum actio et in agris vectigalibus, et inter eos, qui usumfructum habent, vel fructuarium et dominum proprietatis vicini fundi, et inter eos, qui iure pignoris possident, competere potest.

(n) L. 4. §. 6. 7. h. t.

(o) L. 1. C. h. t.

(p) L. 10. h. t.

(q) L. 2. §. 1. h. t. *Ulp.* Iudici finium regundorum permittitur, ut, ubi non possit dirimere fines, adiudicatione controversiam dirimat; et si forte amovendae veteris obscuritatis gratia per aliam regionem fines dirigere iudex velit, potest hoc facere per iudicationem et condemnationem. — Inst. de off. iud. (4. 17.).

(r) L. 2. §. 1. h. t. — Ved. not. prec.

ai consumati non possono ripetersi che verso il possessore di mala fede per mezzo di una *condictio* (s).

§. 383.

7. Del mandato.

T. Inst. de mandato (3. 26); — D. mandati vel contra (17. 1); — C. h. (4. 35.).

I. Il mandato è un contratto consensuale per mezzo del quale qualcuno promette all'altro, da cui ne riceve formale incarico, di trattare gratuitamente i suoi affari (a). Chi dà l'incarico chiamasi *mandante* (*mandans*), chi assume l'obbligo di trattare gli affari *mandatario (mandatarius)*, e se quest'obbligo si riferisce ad affari giudiziarii *procuratore (procurator)*.

1) È oggetto di questo contratto la trattazione di un qualunque affare altrui, purchè onesto, e nell'interesse sia del mandante sia di qualunque terzo, eccetto dello stesso mandatario, *mandatum tua gratia* (b).

2) Il mandato dev'essere gratuito; ma se terminato l'affare, si dà una ricompensa, non perciò si cambia la natura del contratto (c); se questa

(s) L. 4. §. 2. h. t. *Paul.* Post litem antem coutestatam etiam fructus venient in hoc iudicio, uam et eulpa, et dolus exinde praestantnr; sed ante indicium percepti non omnimodo hoc in indicinm venient, ant enim hona fide percepit, et lucrari enm oportet, si eos consumsit, aut mala fide, et eondici oportet. — Inst. de off. ind. (4. 17.). — Non osta la L. 56. famil. ercis. (10. 2.), giacebè non vi pnò essere contraddizione tra dne passi del medesimo autore tratti dal medesimo libro, ma il principio vagamente stabilito in qnest'ultimo passo, deve interpretarsi secondo la determinazione precisata dalla leg. 4. §. 2. h. t.

(a) §. 1. 3. Inst. b. t.—L. 1. §. 4. h. t. *Paul.* Mandatum, uisi gratuitum, uullum est, nam originem ex officio atqne amicitia trahit; contrarium ergo est officio merces, interveniente enim peennia res ad locationem et conductionem potius respicit. — §. 1. Inst. de bis. per quos ager. poss. (4. 10.).

(b) §. 1. 7. Inst. b. t. L. 2. b. t. *Gai.* Mandatnm inter nos coutrabitur, sive mea tantnm gratia tibi mandem, sive aliena tantnm, sive mea et aliena, sive mea et tna, sive tna et aliena; qnodsi tna tantum gratia tibi maudem, supervacuum est maudatum, et oh id nulla ex eo obligatio nascitnr. Mea tantum gratia intervenit mandatnm, veluti si tibi mandem, ut negotia mea geras, vel ut fundnm mihi emeres, vel ut pro me fideinbeas. Aliena tantnm, veluti si tibi mandem, nt Titii negotia gereres, vel ut fundnm ei emeres, vel nt pro eo fideiubeas. Mea et aliena, veluti si tibi mandem, ut mea et Titii negotia gererea, vel ut mihi et Titio fnudum emeres, vel ut pro me et Titio fideiubeas. Tua et mea, veluti si mandem tibi, ut snb usnria crederes ei, qui in rem meam mntnaretnr. Tua et aliena, velnti si tibi mandem, ut Titio snb usnris erederes; qnodsi ut sine usnris crederes, aliena tantnm gratia intervenit maudatum. Tua antem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecnnias tuas potins in emtiones praediorum colloces, quam foeneres, vel ex diverso, ut foeneres potius, qnam in emtiones praediorum colloces; cuius generis mandatnm magis cousilinm est, quam mandatnm, et ob id non est obligatorinm, qnia nemo ex consilio obligatnr, etiamsi nou expediat ei, cni dabatnr, quia liberum est cuique apnd se explorare, an expediat sibi consilinm. — L. 6. §. 3. 6. L. 12. §. 11. L. 22. §. 6. h. t.

(c) §. 13. Inst. h. t. — L. 1. §. 4. L. 6. pr. b. t. *Ulp.* Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio. — *Gai.* Inst. III. 162.

ricompensa fu promessa dopo la conchiusione del contratto, il mandato non si distrugge, ma non si potrà ripeterla che per mezzo di una *extraordinaria cognitio* (d).

3) Il mandato si contrae col semplice consenso, ossia appena il mandatario accetta l'incarico ricevuto; se invece di un incarico di trattare l'affare del mandante o di un terzo vi fosse stato un consiglio, o una semplice raccomandazione, non vi è mandato e non nasce perciò nessun legame di obbligazione (e). Nondimeno il semplice consiglio genera una relazione obbligatoria ne' seguenti casi:

a) Quando un'intelligente di arte viene domandato di un consiglio, e lo dà; in questo caso propriamente non si ha un semplice consiglio, ma si origina un particolare rapporto giuridico, nel quale colui che dà il consiglio è obbligato per colpa (f).

c) Lo stesso vale quando colui il quale dà consiglio, assume, mediante contratto, di risponderne, egli in questo caso sarà tenuto di ogni danno (g).

d) Essendo il consiglio equiparato al mandato *tua gratia*, così colui che lo dà sarà obbligato, se chi lo ricevè non avrebbe altrimenti impreso l'affare (h).

4) Il mandato può essere speciale e universale, secondochè si riferisce ad un solo o a tutti gli affari del mandante (i).

5) Il mandato è giudiziale se dato in giudizio, o se vengono commessi affari giudiziali, ovvero estragiudiziale se vengono commessi affari fuori giudizio.

(d) L. 7. h. t. *Papin*. Salarium procnratori constitutum si extra ordinem peti coeperit considerandum erit, lahorem dominns remnnerare volnerit, atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat, an eventum litinm maioris pecuniae praemio contra bonos mores procnrator redemerit.— Confr. L. 56. §. 3. eod.

(e) §. 6. Inst. h. t. — L. 2. §. 6. h. t. — Ved. not. (b). — L. 12. §. 12. eod.

(f) L. 47. pr. de R. I. (50. 17.). *Ulp*. Consilii non fraudolenti nulla obligatio est, ceterum si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit.

(g) Ved. *Vangerow*, §. 659. — *Haimberger*, §. 559. — *Gesterding*, Errori antichi e nuovi delle giurispr. p. 197. — *Neustetel*, arch. di prat. civ. II. 4. — *Heimbach*, lexicon giurid. IX., 451.; — contr. *Thibaut*, Saggi vol. 1. 8. sist. §. 518.

(h) Ved. L. 6. §. 5. h. t. *Ulp*. Plane si tibi mandavero, qnod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit; aut si non esses facturus, nisi ego mandassem, et si mea non interfuit tamen erit mandati actio.—Ved. *Haimberger*, l. c. *Hepp*. arch. di pr. civ. XI. 3. in contr. *Vangerow*, l. c. n. 4.

(i) L. 6. §. 6. h. t. *Ulp*. Apud Iulianum libro tertio decimo Digestorum quaeritur, si dominus iusserit procnratorem suum certam pecuniam sumere et foenerare periculo suo, ita ut certas usuras domino penderet duntaxat, si pluris foenerare potnisset, ipse lucraretur, in creditam pecuniam videtur, inqnit, accepisse. Plane si omnium negotiorum erat ei administratio mandata, mandati quoque enm teneri, qnemadmodum solet mandati teneri debitor, qui creditoris sui negotia gessit.— L. 12. de pact. (2. 14.).— L. 1. §. 1. L. 60, 63. de procur. (3.3.).— L. 17. §. 3. de iureiur. (12. 2.). — L. 12. pr. de solut. (46. 3.).

6) Il mandato può esser espressamente o tacitamente dato; negli affari giudiziali il mandato si presume fino a pruova contraria per alcune persone, come tra discendenti ed ascendenti, pel marito come procuratore della moglie (k).

7) Il mandato è semplice o qualificato, il primo è quello di cui ora ci occupiamo, il qualificato quello osservato nel §. 327.

8) Finalmente quando il mandatario tratta un affare altrui, ma in proprio vantaggio, si dirà *procurator in rem suam* (§. 323.).

II. Circa agli obblighi che nascono da questa relazione giuridica è da fare la distinzione tra gli obblighi dei contraenti tra loro, e quelli verso i terzi.

1) Il mandatario è obbligato di menare a termine l'incarico ricevuto e tenersi nei limiti del mandato; per questo risponde di *omni diligentia* (l). Se operò contro il mandato, non gli spetta azione per le spese, al più potrà avere un diritto di ritenzione: all'incontro il mandante ha diritto di chiedere la rifazione dei danni, in caso che la trasgressione del mandato glie ne avesse arrecati (m).

Inoltre il mandatario ha il *ius substituendi*, ossia la facoltà di sostituire altri invece sua; questo diritto è limitato negli affari giudiziarii, giacchè è vietato di sostituire altri prima della *litis contestatio*. Con tutto ciò egli non cessa di avere intera la responsabilità, anzi questa si estende anche alla scelta da lui fatta (n).

Il mandatario è tenuto per ogni danno nella trattazione dell'affare, e finalmente a dar conto delle sue operazioni, e consegnare quello che acquistò per mezzo del mandato (o).

Per esercitare questi diritti è data al mandante l'*actio mandati directa* (p).

(k) L. 6. §. 2. L. 18. 53. h. t.—L. 35. pr. 40. §. 4. de procurat. (3. 3.).—L. 21. C. de procur. (2. 13.).

(l) L. 23. de R. — I. §. 11. Inst. h. t. — L. 6. §. 1. h. t. *Ulp.* Si cui fuerit mandatum ut negotia amministraret, hac actione erit conveniendus; nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur, nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum idcirco, quod mandatum susceperit denique tenetur, etsi non gessisset.

(m) L. 8. Inst. h. t.—L. 3. §. 2. L. 4. 5. pr. §. 3-5. L. 33. 41. h. t. *Gai.* Potest et ab una duntaxat parte mandati iudicium dari; nam si is, qui mandatum suscepit egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati iudicium non competit; at ei, qui mandaverit, adversus eum competit. — L. 24. C. de negot. gest. (2. 19.).

(n) L. 8. §. 3. h. t. *Ulp.* Si quis mandaverit alicui gerenda negotia eius, qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur; tenetur autem, quia agere potest. Quamquam enim vulgo dicatur, procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse, tamen mandati actio est; ad agendum enim duntaxat hoc facere non potest. —confr. L. 21. §. 5. de neg. gest. (3. 5.).—L. 2. §. 1. si mens. faia. mod. (11. 6.).—L. 50. de adm. tut. (26. 7.).

(o) L. 10. §. 2. 3. 8. 9. L. 20. pr. L. 26. §. 6. L. 46. §. 4. h. t.

(p) L. 8. §. 6. L. 60. §. 2. h. t.

2) Il mandato appartiene ai contratti bilaterali ineguali, però in alcune contingenze nascono altresì degli obblighi da parte del mandante; il quale è obbligato a rifare il mandatario delle spese fatte in buona fede per la esecuzione del mandato. L'osservazione che il mandante avrebbe potuto spender meno, se di per sè avesse menato a termine il proprio affare è perfettamente indifferente in questo caso; tali spese saranno anche dovute quando il mandatario senza sua colpa non avesse potuto eseguire il mandato (q); finalmente il mandante deve liberare il mandatario dalle obbligazioni contratte (r). Per questi obblighi del mandante è concessa al mandatario l'*actio mandati contraria*.

3) Verso i terzi poi bisogna fare menzione dell'*actio institoria* e *exercitoria*, le determinazioni delle quali furono estese al mandato.

a) Si fonda l'*actio exercitoria* quando un *magister navis* in forza di un incarico ricevuto dall'*exercitor navis* ha contrattato con un terzo: questi potrà valersi dell'*actio exercitoria* contro il mandante *(exercitor)*.

b) Si fonda l'*actio institoria* quando colui che è proposto in un negozio qualunque *(institor)*, secondo l'incarico ricevuto dal suo principale, contrae obbligazioni con un terzo; questi potrà per mezzo dell'*actio institoria* rivolgersi direttamente contro il principale (s). Queste azioni sono dirette secondo il mandato dato, finchè il rapporto giuridico duri o non venga modificato o rivocato (t): ma non distruggono l'azione del contratto fondato contro il vero contraente *magister navis*, e *institor* (u), pur che colui che contrae l'affare non l'avesse contratto in nome altrui, come un semplice messo, e il creditore non avesse fatto le sue riserve.

Per natura queste azioni sono *adiectitiae qualitatis* e furono estese ad ogni specie di mandato, onde il terzo contraente potrà rivolgersi tanto direttamente al mandante per mezzo di un'azione utile *quasi institoria*,

(q) L. 27. §. 4. L. 56. §. 4. h. t. *Gai.* Impendia mandati exsequendi gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere.

(r) L. 45. pr. §. 2-5. h. t.

(s) L. 1. L. 7. §. 1. 2. L. 8. 11. §. 6. de inst. act. (14. 3.). — L. 1. §. 1. 6. 15. 25. de exercit. act. (14. 1.).

(t) L. 1. §. 7-14. de exerc. (14. 1.). — L. 5. §. 15. 17. L. 11. §. 2. 5. L. 17. §. 3. 4. de instit. (14. 3.). *Ulp.* Si ab alio institor sit praepositus, is tamen decesserit, qui praeposuit, et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit; nec non, si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, aequum est, ignoranti dari institoriam actionem. — L. 34. §. 4. de solut. (46. 3.). — L. 41. de reb. cred. (12. 1.).

(u) L. 1. §. 17. 24. de exerc. (14. 1.). — L. 17. §. 1. L. 19. pr. L. 20. de inst. (14. 3.). *Ulp.* In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio; quod aeque faciendum erit, et si procurator solvendo sit, qui stipulanti pecuniam promisit.

quanto direttamente contro il mandatario come a diretto contraente (v). Se il mandatario si rese colpevole di un fatto illecito, o avesse sorpassato il suo mandato, il mandante sarà obbligato solamente per quanto addivenne più ricco (w).

III. Il mandato termina con la morte dei subbietti, con la revoca, o con la rinunzia del mandato.

1) Qualunque affare fatto dal mandatario dopo la morte del mandante è senza effetto (x). Pur tuttavia alcuni affari sono considerati in questa congiuntura ancora validi: p. e. se il mandato non poteva per essenza mandarsi ad effetto che dopo la morte del mandante (y); similmente se il debitore pagò ignorando la morte del mandante, vien liberato dalla obbligazione (z); lo stesso si dica quando fu conchiuso un affare dal mandatario, il quale ignorava la morte del mandante, giacchè può ripetere il compenso per le spese fatte (aa).

2) Si estingue il mandato per morte del mandatario (bb), ma passano agli eredi i diritti acquistati dal mandatario verso il mandante (cc).

3) Il mandato termina per rivocazione del mandante, e si applicheranno i medesimi principii che nel caso di estinzione per morte rispetto agli affari conchiusi dopo, rispetto ai debitori che pagano ignorando la revoca, e finalmente riguardo al mandatario medesimo per l'affare eseguito quando già il mandato era rivocato (dd).

(v) L. 1. §. 4. de exercit. (14. 1.). — Inst. quod cum eo (4. 7.). — L. 5. §. 11. 12. de insit. (14. 3.).

(w) L. 15. pr. de dolo malo (4. 3.).— L. 13. §. 7. de act. emt. vend. (19.1.).—L. 3. quando ex fact. (26. 9.). — Il principio che il mandatario contraente sarà allora obbligato verso l'altro quando ha oltrepassato il mandato, che nella esecuzione deve sempre riferirsi al mandante, e perciò che nei termini del mandato è debitore in nome del principale, è privo di fondamento. Le leg. 4. pr. de re ind. (42. 1.). — L. 11. §. 7. de inst. (14. 3.) che si citano, non contengono nulla di tutto ciò.

(x) L. 41. de reb. cred. (12. 1.). — L. 15. §. 1. qui, et a quib. (40. 9.).

(y) L. 12. §. 17. L. 13. 27. §. 1. h. t. *Ulp.* Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. Illum vero, qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum; potuit enim agere etiam cum eo, qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit.

(z) L. 26. §. 1. h. t. *Paul.* Si quis debitori suo mandaverit, ut Titio solveret, et debitor mortuo eo, quum id ignoraret, solverit, liberari eum oportet. — L. 32. de solut. (46. 3.).

(aa) §. 10. Inst. h. t. — L. 26. pr. 58. h. t.

(bb) §. 10. Inst. h. t. — L. 27. §. 3. L. 57. h. t.

(cc) L. 14. pr. §. 1. L. 27. §. 3. h. t. *Paul.* Inter causas omittendi mandati etiam mors mandatoris est, nam mandatum solvitur morte; si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. Iulianus quoque scripsit mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare.

(dd) L. 4. pr. de manomissionibus (40. 2.). — L. 41. de reb. cred. (12. 1.). — L. 7. de divort. (24. 2.).— L. 12. §. 2. L. 34. §. 3. L. 51. de solut. (46. 3.).—L. 15. h. t. *Paul.* Si man-

4) Finalmente si estingue il mandato per rinunzia da parte del mandatario; è regola generale che questi, accettato il mandato, deve menarlo a termine; se non, deve rinunciare a tempo, affinchè il mandante potesse valersi dell'opera di un altro (ee); se rinunzia inopportunamente sarà obbligato verso il mandante all'*id quod interest*, eccetto quando per una causa legittima non potette rinunziare a tempo (ff).

§. 384.

2) Della negotiorum gestio.

T. D. de negotiis gestis (3. 5.).— C. h. t. (2. 19.). — *Dankwandt*, la *negotiorum gestio*, *Rostock* 1855.

I. Quando qualcuno senza ricevere mandato, e senza esserne obbligato *ex officio*, prende a trattare affari altrui, si ha la *negotiorum gestio*. Però bisogna:

1) che gli affari che si trattano siano di un terzo, se al contrario qualcuno crede anche per forti motivi che appartengano altrui gli affari che tratta, dovechè veramente tratta affari proprii , non si avrà *negotiorum gestio* (a);

2) che non vi sia mandato; nè si cambia il carattere della *negotiorum gestio* quando erroneamente si crede di avere un mandato (b), ovvero quando vi è uno incarico, dal quale non può nascere un'*actio mandati* (c).

Se qualcheduno commetteva l' affare di un terzo, tra il committente ed il mandatario nascerà certamente una *actio mandati*, essendovi una

dassem tibi, nt fnndnm emeres, postea scripsissem, ne emeres, tn, antequam scias me vetuisse, emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatnr is, qui suscipit mandatum.

(ee) L. 27. §. 2. h. t. *Gai.* Qui mandatum suscepit, si potest id expiere deserere promissnm officinm non debet, alioqnin quanti mandatoris intersit, damnabitnr; si vero intelligit, expiere se id officium non posse, id ipsnm, qunm primum poterit, debet mandatori nuntiare, ut is, si velit, alterins opera ntatnr; qnodsi, qnum possit nnntiare, cessaverit, quanti mandatoris intersit, tenebitnr; si aliqna ex causa non poterit nnntiare, securus erit.

(ff) §. 11. Inst. h. t. L. 22. §. 11. 23. 24. 25. h. t.

(a) L. 6. §. 4. h. t. *Iulian.* Sed et, si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sni lncri causa, Labeo scripsit, suum enm potius, quam meum negotium gessisse; qui enim depraedandi causa accedit, sno lncro, non meo commodo stndet. Sed nihilominus, imo magis et is tenebitnr negotiorum gestornm actione. Ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id, qnod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locnpletior factus sum, habet contra me actionem.

(b) L. 5. h. t. *Ulp.* Item si, qnnm pntavi a te mihi mandatnm, negotia gessi, et hic nascitur negotiorum gestorum actio cessante mandati actione. Idem est etiam, si pro te fideiussero, dnm puto mihi a te mandatum esse. Sed et si, qnum pntavi Titii negotia esse, qnnm essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius mihi actione negotiorum gestorum tenetur.

(c) L. 19. §. 2. h. t. L. 14. §. 15. de relig. (11. 7.). — L. 7. ad SC. Velleian. (16. 1.).

vera relazione di mandato; ma tra questo mandatario ed il terzo vi sarà una vera *negotiorum gestio* (d).

Questi requisiti sono sufficienti a fondare da parte del padrone dell'affare un' *actio negotiorum gestorum directa*, ma per essere fondata una azione pel gestore di affari contro il *dominus negotii*, conviene che vi fossero ancora i seguenti requisiti:

1) Bisogna che la gestione sia compiuta col proposito di obbligare un terzo (e). Da questo principio nascono le seguenti conseguenze:

a) Quando qualcuno amministra gli affari di un altro nella supposizione erronea che fossero proprii, il *dominus* potrà produrre contro di lui l' *actio negotiorum gestorum directa* (f), ma il gestore non potrà servirsi dell'*actio neg. gest. contraria* (g). Questa regola soffre eccezione solamente quando per mezzo di una simile gestione il *dominus negotii* veramente è stato liberato da un'obbligazione, in quanto può esserne liberato da un terzo; p. e. se qualcuno credendosi erroneamente erede, ha pagato le sue cose proprie legate (h); ovvero quando credendosi erede ha fatto il funerale per l'antecessore, potrà esercitare l'*actio funeraria*, ch'è una specie di *act. neg. gest. contraria* (i); ovvero quando il putativo erede ha fatto pel defunto il monumento ordinato nel testamento (k). Se al contrario il gestore conosce di amministrare affare altrui ed erra solamente rispetto alla persona, non gli potrà essere negata l'*actio contraria* contro il vero *dominus negotii* (l). Del resto in quei casi nei quali si nega al gestore di affari l'*actio contraria*, gli si concederà sempre una eccezione di ritenzione (m).

(d) L. 28. 53. mand. (17. 1.). — L. 3. §. ult. L. 4. b. t. *Ulp.* Apud Marcellum libro secundo Digestorum queritur, si, quum proposuissem negotia Titii gerore, tu mihi mandaveris, ut geram; an utraque actione uti possim? Et ego puto utramque locum habere, quemadmodum ipse Marcellus scribit, si fideiussorem accepere negotia gesturus; nam et hic dicit, adversus utrumquo esso actionem. — L. 14. C. h. t.

(e) L. 29. pr. comm. div. (10. 3.).

(f) L. 49. h. t. — confr. L. 19. C. b. t. — L. 3. C. de rei vind. (3. 32.).

(g) L. 14. §. 1. L. 29. pr. comm. div. (10. 3.). — L. 33. fin. do cond. indeb. (12. 6.). *Iulian.* Et ideo constat, si quis, quum existimaret se heredem essa, insulam hereditariam fuisset, nullo alio modo, quam per retentionem impensas servaro posse.— L. 14. do dol. mal. except. (44. 4.).

(h) L. 49. h. t. *Afric.* Si rem, quum servus venditus surripuisset a me venditoro, emtor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit, de protio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, quum esset moum, gessisses. Sicut ex contrario in me tibi daretur, si, quum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer.

(i) L. 14. §. 11. L. 32. pr. de relig. (11. 7.).

(k) L. 50. §. 1. do bered. pet. (5. 3.).

(l) L. 5. §. 1. L. 6. §. 8. 11. L. 45. §. 2. b. t. — ved. not. (b). — L. 14. §. 1. comm. div. (10. 3.).

(m) L. 14. §. 1. comm. div. (10. 3.).

b) La seconda conseguenza è che, quando la gestione di affari è stata condotta con l'intenzione di fare un atto di liberalità o di pietà, non potrà essere fondata l'*actio contraria* (n).

c) Quando si è fatta la gestione non per utile del *dominus,* ma per proprio vantaggio, l' *actio contraria* potrà essere diretta solamente in quanto il *dominus* addivenne più ricco (o).

2) In secondo luogo si richiede che *dominus negotii* non avesse vietato la gestione; un tale divieto secondo una decisione di Giustiniano è valido quando è conosciuto dal gestore (p).

3) Finalmente come niuno può essere obbligato a riconoscere qualunque gestione di un terzo sui proprii affari, così fa mestieri di un altro requisito per nascere l'*actio contraria*; in generale allora il *dominus* può essere obbligato, quando la gestione degli affari è stata fatta per utile suo, o più propriamente in caso di necessità per ovviare a pericoli imminenti nel patrimonio del *dominus* (q). Solamente in questo caso vale la regola che il caso fortuito è a carico del *dominus,* e però il diritto del gestore all' *actio contraria* resta, semprechè l'aspettato vantaggio non si è avverato per contingenze eventuali (r). Se al contrario qualcuno senza necessità s'immischia negli affari altrui, dipende dal libero arbitrio del *dominus* se vuole o no riconoscere una simile gestione; ma indipendentemente da ciò, il gestore potrà ancora far uso dell'*actio contraria* in quanto il *dominus* ne riceve in effetti un pecuniario vantaggio (s).

Se il *dominus negotii* espressamente ratifica la gestione, la ratificazione essendo un atto unilaterale cambia la relazione del solo *dominus* e non nel medesimo tempo quella del gestore; per la qual cosa il primo tanto rispetto al gestore quanto rispetto ai terzi è considerato come mandante, onde contro di lui invece che la semplice *actio negot. gest. contraria,* sarà fondata l'*actio mandati contraria;* quandochè il gestore resta sempre tale,

(n) L. 4. 27. §. 1. L. 31. 44. h. t. *Ulp.* Sed videamus, an fideiussor hic habere aliqnam actionem poasit; et verum est negotiorum gestorum eum agere posse, nisi donandi animo fideiussit. L. 14. §. 7. de relig. (11. 7.).—L. 5. §. 14. de agn. et al. liber. (25. 3.).—L. 11. 12. 15. C. h. t.

(o) L. 6. §. 3. h. t. — ved. not. (a).

(p) L. 8. §. 3. h. t. L. 40, mand. (17. 1.). — L. ult. C. h. t.

(q) L. 1. h. t. *Ulp.* Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem, aut venditionem patiatur, vel pignoris distractionem, vel poenae committendae actionem, vel iniuria rem suam amittant. — L. 6. §. 6. L. 10. §. 1. L. 22. h. t. — L. 5. pr. de O. et A. (44. 7.). — §. 3. fin. Inst. de obl. quae quasi ex contr. (3. 27.).—L. 3. §. 8. L. 5. pr. §. 2. de in rem. verso (15. 3.).

(r) L. 10. §. 1. L. 12. §. 2. L. 22. 31. pr. 32. pr. 37. §. 1. h. t. *Ulp.* Sicut autem in negotiis vivorum gestis sufficit utiliter negotium gestum, ita et in bonis mortuorum, licet diversus exitus sit. — L. 17. pr. de in rem. verso (15. 3.). — L. 22. C. h. t.

(s) L. 11. 43. h. t. L. 5. pr. de in rem. verso (15. 3.).

nè viene considerato come mandatario, e contro di lui sarà fondata solo l'*actio negotiorum gestorum directa*. Il gestore di affari in questa relazione godrebbe tutti i vantaggi del mandatario senza averne nel medesimo tempo le obbligazioni (t). Da questo principio nasce:

1) Se i negozii non sono stati amministrati *utiliter*, chi ratifica pur deve sopportare tutti i pregiudizii, senza che il gestore dovesse risponderne, non altrimenti che se il *dominus* avesse dato al gestore l'incarico di condurre l' affare nel modo come realmente fu condotto; però il gestore di affari ha diritto di essere rifatto di tutte le spese anche delle *voluptuariae*.

2) Quando il gestore di affari accetta un indebito e segue la ratificazione del *dominus*, chi pagò l'indebito potrà usare contro di lui la *condictio indebiti*, come se egli ne avesse dato al gestore un formale mandato (u).

3) Quando il gestore ha venduto cose del *dominus*, dopo la ratificazione questa vendita non può essere impugnata, e si reputa come avvenuta per mandato (w).

4) Finalmente quando il gestore ha contratto con un terzo, e segue la ratificazione del *dominus*, il terzo avrà contro questo la medesima azione, come se il contratto fosse stato conchiuso mediante mandato (v).

II. Gli obblighi nascenti da un simile rapporto giuridico sono regolati così:

1) Il gestore è obbligato di menare a termine la trattazione dell'affare incominciato anche dopo la morte del *dominus*, ma non nel medesimo tempo quelli, che non erano con l'affare incominciato in connessione, eccetto quelli che un *diligens paterfamilias* avrebbe assunti (x). Egli è tenuto in generale di ogni colpa, se poi prova che senza la sua gestione sarebbero derivati gravi pregiudizii al *dominus*, sarà tenuto solamente per dolo e colpa lata; ovechè se egli imprese affari che il *dominus* non avrebbe

(t) Ved. L. 9. 39. h. t.—L. 9. C. h. t.—L. 60. de R. I. (50. 17.).—Ved. *Thibaut*. Sagg. li. num. 10. — *Welker*, diss. iurid. ad L. 9. de neg. gest. inneta L. 60. de R. I., Giess. 1813. — *Busse*, de ratihabitione, Lips. 1834.—*Wening*, §. 306. not. d.— *Haimberger*, §. 581.— *Vangerow*, §. 664. — *Polignani*, la dottrina della *ratihabitio*. Nap. 1869. pag. 59.

(u) L. 6 §. 9. h. t. L. 14. de cond. caus. data (12. 4.).—L. 80. §. 5. de furtis (47. 2.).

(w) L. 3. C. de rei vindic. (3. 32.). confr. L. 16. §. 1. de pignor. (20. 1.).—L. 19. C. h. t.

(v) L. 7. §. 1. fin. quod. cum. eo (4. 26.).

(x) L. 6. §. 12. L. 21. §. 3. L. 31. §. 2. h. t. *Papin*. Litem in iudicium deductam et a reo desertam frustratoris amicus ultro egit, causas absentiae eius allegans iudici; culpam contraxisse non videbitur, quod sententia contra absentem dicta ipse non provocavit. Ulpianus notat: hoc verum est, quia frustrator condemnatus est. Ceterum si amicus, quum absentem defenderet, condemnatus negotiorum gestorum aget, poterit ei imputari, si quum posset, non appellasset. confr. L. 20. C. h. t.

impresi, o contro il suo divieto, sarà tenuto anche per caso fortuito (y). Inoltre il gestore deve dare conto della sua gestione e consegnare al *dominus* tutto quello che in forza della gestione avesse esatto, e nel medesimo tempo è obbligato anche per gl'interessi (z). Per costringere a questi obblighi è fondata l'*actio negotiorum gestorum directa.*

2) Il *dominus negotii* è obbligato a risarcire il gestore di tutte le spese necessarie ed utili con gl'interessi, e nel medesimo tempo liberarlo dalle obbligazioni (aa); qualche volta, come si è veduto innanzi, egli sarà obbligato solamente in quanto addivenne più ricco.

Se vi sono affari appartenenti a più *domini*, ed il gestore li avesse trattati in *contemplatione unius*, solamente questi resterà obbligato verso il gestore, e gli altri fino al loro reale vantaggio. Per gli obblighi del *dominus* è dato al gestore l' *actio negotiorum gestorum contraria*, qualora vi fossero i requisiti sopra notati.

§. 385.

3) Della gestione di un funerale.

T. D. de religiosis et sumtibus funerum (11. 7.).

Quando nè colui il quale per testamento aveva l'obbligo di fare i funerali per il defunto, nè in generale gli eredi il padre o il marito (a), che n'erano obbligati in ogni caso, avessero adempiuto a simile dovere, qualunque terzo può incaricarsi dei funerali medesimi, ed in questo caso v'è una vera gestione di affari, per cui il Pretore concede l'*actio funeraria* in favore del gestore (b).

1) Quest'azione può essere esercitata non solo da colui il quale as-

(y) L. 3. §. 9. L. 8. §. 3. L. 11. 21. §. 3. L. 32. pr. h. t. *Pompon.* Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam, et dolum praestare debes. Sed Proculus, interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, in nomine eius geras, veluti venales novicios coëmendo, vel aliquam negotiationem ineundo. Nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequatur, lucrum vero absentem; quodsi in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet. — L. 20. C. h. t. — L. 23. C. de usur. (4. 32.), §. 1. Inst. de obl. quae quasi ex contr. (2. 27.).

(z) L. 2. 8. §. 1. L. 19. §. 1. L. 31. §. 3. h. t. — confr. L. 38. h. t. — L. 13. §. 1. de usur. (22. 1.).

(aa) L. 2. 27. pr. 28. pr. 45. pr. h. t. *Ulp.* Quae utiliter in negotia alicuius erogantur, in quibus est etiam sumtus honeste ad honores per gradus pertinentes factus, actione negotiorum gestorum peti possunt.

(a) L. 12. §. 4. L. 14. §. 2. L. 16-18. h. t.

(b) L. 1. 12. §. 2. 3. L. 14. §. 13. L. 43. h. t. *Ulp.* Praetor ait: *Quod funeris causa sumptus factus erit, eius recuperandi nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo.*

sume le spese del funerale per un terzo, ma ancora da colui il quale erroneamente si teneva come obbligato (c).

2) Non sarà negata quest' azione neppure quando il testatore avesse proibito che si facessero i funerali (d).

L'azione non spetta:

1) quando le spese furono fatte *animo donandi* (e);

2) se per ingiuria verso il defunto il funerale non fu corrispondente al suo stato (f);

3) quando si è ecceduto nelle spese di là delle facoltà e dello stato del defunto; in questo caso sono rimborsate le sole spese proporzionate alle facoltà (g).

4) L'*actio* funeraria è strettamente sussidiaria, per conseguenza non nasce quando le spese si possono ripetere per altre azioni; come se vi è mandato, si eserciterà l'*actio mandati*; se le spese furono fatte da uno dei più eredi, questi potrà ripeterne il rimborso dai suoi coeredi per mezzo della stessa *actio familiae erciscundae* (h).

L'azione dev'essere esercitata contro colui al quale incombe l'obbligo, sia esso determinato dal testatore, o dalla legge, come pel padre ed il marito.

(c) L. 14. §. 11. h. t. *Ulp.* Si quis, dum se heredem putat, patremfamilias funeraverit, funeraria actione uti non poterit, quia non hoc animo fecit, quasi alienum negotium gerens; et ita Trebatius et Proculus putat; puto tamen et ei ex causa dandam actionem funerariam.

(d) L. 14. §. 13. h. t.

(e) L. 14. §. 7-9. h. t.

(f) L. 14. §. 10. eod. *Ulp.* Iudicem, qui de ea aequitate cognoscit, interdum sumtum omnino non debere admittere modicum factum, si forte in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus factus sit; nam non debet huius rationem habere, quum contumeliam defuncto fecisse videatur ita eum funerando.

(g) L. 12. §. 5. L. 14. §. 6. eod.

(h) L. 14 §. 12. 15. eod. *Ulp.* Labeo ait, quoties quis aliam actionem habet de funeria impensa consequenda, funeraria eum agere non posse; et ideo, si familiae erciscundae agere possit, funeraria non acturum, plane si iam familiae erciscundae iudicio actum sit, posse agi.—L. 14. §. 1. L. 15-18. L. 21-24. 31. h. t.

G. Convenzioni allo scopo di estinguere stragiudizialmente una questione di diritto.

§. 386.

1) Del compromesso.

T. D. de receptis et qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant (4.8).—C. de receptis arbitriis (2. 56.).

Quando le parti risolvono di terminare una controversia giuridica non per via giudiziaria, ma mediante un arbitrato, si ha il compromesso (*compromissum*) (a).

Le parti devono nel medesimo tempo conchiudere una convenzione con l'arbitro, affinchè questi prendesse l'obbligo di decidere la contesa a lui affidata (*receptum arbitrium*); una simile convenzione non produceva azione, ma *extra ordinem* il Pretore poteva costringere l'arbitro a pronunziare la sua decisione (b).

1) Ognuno può darsi l'officio di arbitro essendo solamente eccettuati: gli schiavi, le donne, i magistrati superiori, gl'inferiori quando sono competenti per la medesima questione, i giovani al di sotto della *plena pubertas*, quelli al disotto di 20 anni, ma di 18 compiti sono capaci se i contraenti non avessero avuto contezza della sua età, anzi in simile caso possono recedere dalla nomina; finalmente i mentecatti e i sordimuti (c).

2) È officio dell'arbitro esaminare la contesa a lui affidata nel tempo debito, se questo fu determinato; nel caso contrario è obbligato col consenso delle parti di fissarlo, e può venire costretto ad emettere la sua de-

(a) L. 4. 1. 27. §. 2. h. t. *Paul.* Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur, et ad finiendas lites pertinet.

(b) L. 3. §. 1. 3.L.15. 32. §. 12.h. t. *Ulp.* Tametsi neminem Praetor cogat arbitrium recipere, quoniam haec res libera et soluta est et extra necessitatem iurisdictionis posita, attamen, ubi semel quis in se receperit arbitrium, ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere Praetor putat, non tantum, quod studeret lites finiri, verum quoniam non deberent decipi, qui cum, quasi virum bonum, disceptatorem inter se elegerunt. Finge enim, post causam iam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta, arbitrum vel gratiae dantem, vel sordibus corruptum, vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere; quisquamne potest negare, aequissimum fore, Praetorem interponere se debuisse, ut officium, quod in se recepit, impleret?

(c) L. 3. §. 3. L. 4. L. 7. §. 1. L. 9. §. 2. L. 41. h. t. L. ult. C. h. t. *Ulp.* Tractemus de personis arbitrantium. Et quidem arbitrum cuiuscunque dignitatis coget officio, quod susceperit, perfungi, etiamsi sit Consularis; nisi forte sit in aliquo Magistratu positus vel potestate, Consul forte vel Praetor, quoniam in hoc imperium non habet.

cisione (d). Nondimeno bisogna far conto dei motivi, che non permisero all' arbitro di pronunciare la sua sentenza; se p. e. insorsero inimicizie tra lui e una delle parti, se fu impedito da una fisica indisposizione, da un'assenza necessaria, o da occupazioni proprie indispensabili, o quando con disprezzo della sua autorità le parti lo abbandonarono ricorrendo ad altri arbitri, e poi ritornarono a lui, finalmente quando fu infamato dalle parti, può essere scusato, ma sempre dopo una *causae cognitio* (e).

3) La sentenza dell'arbitro *(laudum, arbitrium)* suppone necessariamente che l'arbitro avesse preso piena cognizione della causa; essa deve decidere esattamente e nella maniera più compiuta i rapporti controversi, che formano l' oggetto del compromesso; finalmente il laudo non deve contenere nulla d'immorale (f). Se sono stati scelti più arbitri, il *laudum* dev' essere dato a pluralità di voti; in caso di parità le parti possono scegliere un altro, *superarbiter*, ovvero il Pretore potrà costringere gli stessi arbitri di scegliere un altro col consenso delle parti e decidere definitivamente la controversia (g).

In caso che fosse necessario costringere gli arbitri a dare il *laudum*, devono essere insieme costretti tutti, salvo quando sieno stati scelti alternativamente (h).

Tutte le controversie possono essere portate innanzi agli arbitri meno i giudizii famosi, le azioni popolari, le cause liberali, come se si trattasse dello stato dell'individuo, la in *integrum restitutio* (i).

4) Le parti litiganti sono obbligate ad eseguire il *laudum* dell'arbitro, in quanto al mezzo per costringere l'altra parte a stare alla sentenza bisogna considerare che il compromesso essendo per sè un nudo patto non generava veruna azione, nè era l'*arbitrium* un vero giudicato; così non si fondava per questo nè un'*actio iudicati*, nè nasceva un'azione dallo stesso compromesso, nemmeno per costringere la parte a far decidere la contesa dall'arbitro come si era pattuito (k); d'altra parte la convenzione poteva avere effetto indiretto per mezzo della pena promessa in caso d'inadempimento

(d) L. 14. h. t. — confr. L. 21. §. 5. L. 25. §. 1. L. 32. §. 21. L. 50. eod.

(e) L. 9. §. 3-5. L. 10. 11. pr. L. 15. 16. pr. h. t.

(f) L. 14. 19. §. 1. L. 21. §. 1-4. 6. 7. 9. L. 25. pr. L. 27. §. 4. L. 32. §. 15. 16. 21. L. 46. h. t.

(g) L. 17. §. 5. 6. 7. L. 18. 27. §. eod.

(h) L. 17. §. 4. h. t. *Ulp.* Sed si ita sit compromissum, arbitratu Titii, aut Seii fieri, Pomponius scribit, et nos putamus compromissum valere; sed is erit cogendus sententiam dicere, in quem litigatores consenserint.

(i) L. 32. §. 6. 7. h. t. — L. ult. C. ubi et apud quem (2. 47.).

(k) L. 2. 30. h. t. *Ulp.* Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem.

(pecunia o poena compromissa), onde questa divenne un requisito della convenzione (l).

Oltre a ciò vi poteva essere una stipulazione tra le parti senza pena convenzionale, per mezzo della quale si prometteva di riconoscere l'*arbitrium*; questa stipulazione generava per conseguenza l'*actio ex stipulatu* diretta all'*id quod interest* (m).

Se il compromesso fu conchiuso senza pena, e senza stipulazione, si poteva far valere semplicemente per eccezione (n). Secondo una costituzione di Giustiniano sono stabiliti altri due modi per cui il compromesso dovea avere il suo effetto, o quando era steso in iscritto e giurato (o), ovvero quando si accettava dalle parti la sentenza degli arbitri, il che poteva avvenire anche tacitamente non impugnandola per lo spazio di 10 gior-

(l) L. 11. §. 2-4. L. 13. §. 1. L. 28. h. t. *Ulp.* Idem Pomponius acribit: si de meis solis controversiis sit compromissum, et de te poenam sim stipulatus, videndum, ne non sit compromissum; sed cui rei moveatur, non video. Nam si ideo, quia de unius controversiis solum compromissum est, nulla ratio est, licet enim et de una re compromittere; si vero ideo, quia ex altera duntaxat parte stipulatio intervenit, est ratio. Quamquam si petitor quis stipulatus est, possit dici, plenum esse compromissum, quia is, qui convenitur, tutus est veluti pacti exceptione; is, qui convenit, si arbitro non pareatur, habet stipulationem. Sed id verum esse non puto; neque enim sufficit exceptionem habere, ut arbiter sententiam dicere cogatur.

(m) L. 27. §. 7. h. t. L. 3. C. h. t. *Dioclet.* et *Maxim.* Arbitrorum ex compromisso sententiae non obtemperans, si sordes vel evidens gratia eorum, qui arbitrati sunt, intercessit, adversum filiam tuam agentem ex stipulatu exceptione doli mali uti poteris. Sed et ex doli clausula quae compromissi stipulationi subiici solet, filiam tuam convenire non vetaberis.

(n) L. 13. §. 1. h. t. L. 5. pr. C. h. t. *Iustinian.* Quum antea sancitum fuerat in arbitris eligendis, quos neque poena compromissi vallabat, neque iudex dederat, sed nulla sententia praecedente communis electio, ut illorum sententiae staretur, procreabat, si quidem pro parte pulsata forma arbitralis procederet, exceptionem ei veluti pacti generari, sin autem pro actore calculus poneretur, nihil ex eo procedere ei praesidii, sancimus, in eos arbitros, quos praediximus et quos talis consensus elegerit, sub eo pacto, vel in scriptis vel non in scriptis habito, ut eorum definitioni stetur, si quidem subscripserint, postquam definitio processerit, quod non displiceat ambabus partibus eorum sententia, non solum reo exceptionem veluti pacti generari, sed etiam actori ex nostro numine in factum actionem, quatenus possit sententia eius executioni mandari, in hac quidem regia civitate ab officio eminentissimae praefecturae vel eius, cuius forum pars sequitur fugientis, in provinciis autem tam per moderatores, quam per apparitores eorum, vel per iudices, quorum regimen pars pertimescit pulsata. Sin autem post sententiam minime quidem subscripserint, se arbitri formam amplecti, sed silentio eam roboraverint, et non intra decem dies proximos attestatio missa fuerit vel iudici vel adversario ab alterutra parte, per quam manifestum fiat, definitionem non esse amplectendam, tunc silentio partium sententiam roboratam esse, et fugienti exceptionem et agenti memoratam actionem competere. Altera autem parte recusante secundum praefatum modum, et implere statuta minime cupiente, nihil fieri praeiudicii, neque parari vel exceptionem reo, vel actori actionem; exceptis videlicet arbitris, qui cum sacramenti religione electi sunt secundum novellam nostri numinis constitutionem; tunc etenim ea omnia servari oportet, quae lege nostra super huiusmodi audientia definita sunt.

(o) L. 4. C. h. t. — Ved. not. prec.

ni *(arbitrium homologatum)*; oltre a che si concedeva, anche pel nudo patto, un' *actio in factum* (p).

5) Si scioglie il compromesso: per morte di una delle parti, eccetto se si fosse fatta menzione anche degli eredi; per morte dell' arbitro , ovvero quando egli si ritira per causa lecita; quando una delle parti cade in concorso di creditori (q).

6) Il laudo è inappellabile, nè puossi impugnare quand'anche fosse ingiusto (r), solo può attaccarsi di nullità nei casi seguenti: quando sorpassa i limiti del compromesso (s); quando non è pronunziato nel tempo stabilito (t); quando vi è una immoralità (u); se l'arbitro fu sollecitato da una delle parti, o da amicizia o inimicizia fosse stata mossa la sua sentenza (w).

§. 387

2) Del giuramento convenzionale.

T. D. de iureiurando, sive necessario, sive iudiciali (12.2). — C. de rebus creditis et de iureiur. (3. 1).

Le parti possono convenire di far dipendere la loro controversia giuridica da un giuramento; conchiuso un tale patto, il deferente è obbligato alla delazione del giuramento, ma se l'altra parte giura senza che questa fosse seguita, il giuramento è di nessun momento (a). Se la parte alla qua-

(p) L. 5. pr. C. h. t. — Ved. not. (u).

(q) L. 17. pr. L. 27. §. 1. L. 32. §. 3. L. 45. 49. §. 2. h. t.

(r) L. 27. §. 2. h. t. — L. 1. C. h. t. *Antonin.* Ex sententia arbitri, ex compromisso iure perfecto aditi, appellari non posse, saepe rescriptum est, quia nec iudicati actio inde praestari potest, et ob hoc invicem poena promittitur, ut metu eius a placitis non recedatur. Sed si ultra diem compromisso comprehensum iudicatum est, sententia nulla est, nec ullam poenam committit, qui ei non paruerit.

(s) L. 32. §. 15. h. t. *Paul.* De officio arbitri tractantibus sciendum est, omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum; nec enim aliud illi licebit, quam quod ibi, ut efficere possit, cautum est. Non ergo quodlibet statuere arbiter poterit, nec in qua re libet, nisi de qua re compromissum est, et quatenus compromissum est.

(t) L. 50. h. t. *Alfen.* Arbiter ex compromisso sumtus quum ante eum diem, qui constitutus compromisso erat, sententiam dicere non posset, diem compromissi proferri iusserat; alter ex litigatoribus dicto audiens non fuerat; consulebatur, possetne ab eo pecunia ex compromisso peti? Respondi, non posse, ideo, quod non esset arbitro compromissum, ut id haberet.

(u) L. 21. §. 7. h. t. *Ulp.* Non debent autem obtemperare litigatores, si arbiter aliquid non honestum iusserit.

(w) L. 3. C. h. t.

(a) L. 3. pr. h. t. *Ulp.* Ait Praetor: *si is, cum quo agatur, conditione delata iuraverit; eum, cum quo agetur*, accipere debemus ipsum reum. Nec frustra adiicitur: *conditione delata*, nam si reus iuravit nemine ei iusiurandum deferente, Praetor id iusiurandum non tuebitur, sibi enim iuravit; alioquin facillimus quisque ad iusiurandum decurrens, nemine sibi deferente iusiurandum, oneribus actionum se liberabit.

le è stato deferito il giuramento accetta, è in sua facoltà di giurare; in caso che non giura, non ne verrà a lui alcun pregiudizio, ma si riterrà che l'oggetto della controversia non si fosse fatto dipendere dal giuramento (b). Se al contrario il giuramento deferito è prestato, debbe ritenersi come una transazione, nè uno spergiuro provato in seguito può distruggerne la forza, eccetto nel caso che qualcuno falsamente abbia giurato di essere stato disposto in suo favore un legato o fedecommesso (c). Se il giuramento fu prestato dal convenuto così come esso fu deferito dallo attore, nascerà in favore del primo una *exceptio iurisiurandi;* prestato dall'attore secondo fu deferito dal convenuto, nascerà per lui l'*actio in factum de iureiurando* (d).

La remissione del giuramento produce i medesimi effetti (e).

Come la *res iudicata* anche questo giuramento ha efficacia solamente tra le parti, eccetto nei seguenti casi:

1) Quando il giuramento è dato da un *correus debendi*, non sono più tenuti per la questione già sciolta col giuramento gli altri correi (f).

2) Lo stesso si dica quando è stato giurato dal debitore principale, giacchè il giuramento giova anche ai fideiussori e viceversa (g).

3) Anche il successore *in rem* acquista dritti ed è obbligato pel giuramento del suo *auctor*. (h).

4) Nel peculio profettizio quando si giura o si deferisce il giuramento dal padre o dal figlio, questo va in favore o contro entrambi (i).

5) Finalmente quando il procuratore ha ricevuto il mandato di accettare o deferire un giuramento, questo varrà anche per il mandante (k).

(b) L. 5. §. 4. h. t. *Ulp.* Si neque inratum est, neque remissum insinrandum, pro eo debet haberi, atque si res in iusiurandum admissa non esset; proinde, si postea iurare paratus sit, nihil ei hoc iusiurandum proficiet, qnia ex eo, quod deiatum est, iurat. — L. 12. C. b. t.

(c) L. 1. 13. C. h. t. *Anton.* Causa inreiurando ex cousensu utriusque partis vei adversario inferente delato et praestito vel remisso decisa nec periurii praetextu retractarl potest, nisi speciaiiter hoc lege excipiatnr.

(d) L. 3. §. 4. L. 4. 5. pr. L. 9. §. 1. L. 11. §. 1. L. 28. §. 10. h. t. — L. 8. C. h. t. — *Diocl.* et *Maxim.* Actori delato vei relato lureiurando, si inraverit vel ei remissnm sit sacramentum, ad similitudinem iudicati in factum actio competit. — §. 8. 11. Inst. de act. (4. 6.).

(e) Ved. L. 6. 9. §. 1. h. t.

(f) L. 27. 28, pr. h. t. *Paul.* In duobns reis stipulandi altero dato iusiurandum etiam alteri nocebit.

(g) L. 28. §. 1. L. 42. §. 1. 3. h. t. *Paul.* Qnod reus lnravit, etiam fideinssorl proficit; a fideinssore exactnm insiurandnm prodesse etiam reo, Cassius et luiianus aiunt; nam quia in locum soiutionis succedit, hic quoque eodem loco habendum est, si modo ideo interpositum est insiurandnm, ut de lpso contractu, et de re, non de persona inrantis ageretur. — L. 1. §. 3. qnar. rer. act. (44. 5.).

(h) L. 7. 8. 9. §. 7. h. t. — L. 1. §. 3. qnar. rer. act. (44. 5.).

(i) L. 22. 26. §. 1. h. t. — L. 5. §. 3. de pecul. (1. 15.).

(k) L. 17. §. 2. h. t.

§. 388.

Del constitutum debiti proprii.

T. D. de pecunia constituta (13. 5.). — C. de constituta pecunia (4. 18.).

Il *constitutum* è un patto pretorio mediante il quale si promette l'adempimento di una obbligazione propria già esistente; questo *constitum* si differenzia dal *const. debiti alieni*, per cui si promette la soddisfazione di una obbligazione altrui, ed è una specie di malleveria (§. 326).

Per questo constituto si richiede:

1) che il constituente si potesse validamente obbligare (a);

2) che vi sia già antecedentemente una obbligazione, sia essa civile o naturale (b);

3) non è necessario che la seconda obbligazione fosse alla prima identica, essa potrà avere un altro obbietto, un'altra qualità ed altri modi; è richiesto solo che non avesse valore pecuniario maggiore della prima, e che non si muti una obbligazione condizionale in assoluta (c).

Per mezzo del costituto si rafforza la obbligazione anteriore, e il creditore ha la scelta di far valere la prima o la obbligazione costituita; se una delle due è adempiuta, l'altra si estingue; se una però si estingue in tutto altro modo che con le *satisfactio*, l'altra rimane (d); in caso che non fosse determinato un termine al pagamento, si deve accettare che ve ne sia uno tacito non meno di 10 giorni (e).

§. 389.

I. Del giuoco e della scommessa.

T. D. de aleatoribus (11. 5.). — C. de aleatoribus et aleatum lusu (3. 43.).

1) S'intende per giuoco quando due o più persone contendono insieme a patto che colui che perde si obbliga per una somma; un tale guadagno da parte del vincitore può essere l'effetto o del puro caso o dell'arte, o dell'uno e dell'altra nel medesimo tempo.

(a) L. 1. §. 2. h. t.
(b) L. 1. §. 7. 8. L. 11. pr. h. t.
(c) L. 1. §. 5. L. 3. §. 2. L. 4. L. 5. pr. §. 2. L. 11. §. 1. L. 12. 13. §. 19. pr. §. 1. h. t.
(d) L. 18. §. 2. 3. L. 19. §. 2. L. 20. h. t.
(e) L. 3. in fin. L. 21. h. t.

Il giuoco per se stesso non genera obbligazione, e chi assume l'obbligo di pagare dopo il giuoco, non solo non può esservi costretto, ma in caso che avesse in realtà pagato, per lo spazio di cinquanta anni può ripetere il pagamento con la *condictio indebiti* (a). Solamente i giuochi *virtutis causa*, come il giuoco della caccia, della giostra, della corsa ecc. originano una vera obbligazione, la quale è pure limitata ad un *solido* (b). Colui il quale riceve in casa giocatori, e ne riceve danno o ingiuria, non avrà azione di sorta (c); similmente era data una punizione a coloro che costringevano gli altri al giuoco.

2) Si ha la scommessa quando due o più persone le quali hanno differenza di opinioni sopra un determinato punto, convengono che colui, la opinione del quale si mostrerà erronea, si obblighi ad una determinata prestazione; in generale mentre il giuoco si prefigge lo scopo del puro guadagno, nella scommessa il premio di colui la cui opinione si mostra vera è una specie di soddisfazione. La scommessa, così considerata, non è una condizione ad una promessa, e però è indifferente se il punto in controversia sia nell'avvenire nel presente o anche nel passato; indifferente è ancora se la prestazione che forma l'oggetto della scommessa, sia determinata egualmente tra le due parti, o in un modo ineguale, ovvero che fosse di natura differente, e se in fine tale premio dovesse andare al vincitore o a qualche altro.

La scommessa adunque non ha il medesimo carattere del giuoco, quindi è lecita, e genera perciò una azione, purchè abbia forma di contratto, sicchè vi sarà luogo al dolo *causam dans*, se chi vince avea certezza dell'evento e lo tenne celato (d).

Le scommesse nei giuochi sono a questi equiparate (e).

(a) L. 3. C. h. t. *Iustin.* Nullum obstat tempus repetentibus id, quod in aliquo lusu prohibito solutum est, nisi duntaxat annorum quinquaginta. — L. 4. h. t.

(b) L. 2. §. 1. h. t. *Paul.* Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo iaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causa fiat. — L. 3. C. h. t.

(c) L. 1. §. 4. L. 2. pr. h. t.

(d) L. 17. §. 3. de praescr. verb. (19. 5.). *Ulp.* Si quis sponsionis causa anulos acceperit, nec reddit victori, praescriptis verbis actio in eum competit. Nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici et furti agi ex hac causa putat; quemadmodum enim rei nomine, cuius neque possessionem, neque dominium victor habuit, aget furti? Plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui anuli duntaxat repetitio erit.

(e) L. 3. h. t. *Marcian.* In quibus rebus ex lege Titia, et Publicia, et Cornelia etiam sponsionem facere licet; sed ex aliis, ubi pro virtute certamen non fit, non licet.

CAPITOLO IV.

OBBLIGAZIONI NASCENTI DA DELITTI E QUASI DELITTI

I. Obblighi nascenti dalla violazione di uno stato di fatto.

§. 390.

A. Interdetti per tutelare l'uso delle publiche cose.

TT. D. (43.6 — 15).

Quantunque la tutela delle cose sottratte al diritto privato spetti alla pubblica autorità, la quale ha solo il compito di mantenerne l'uso pubblico, senza che fosse richiesta l'attività dei privati, pure il diritto romano ammette un privato giudizio per mezzo di azioni le quali sono concesse o a ciascuno delle comunità come rappresentante della medesima (azioni popolari), o a colui il quale per l'atto illecito n'è direttamente pregiudicato. Per la qual cosa vi sono azioni le quali sono dirette a tutelare le cose sacre, l'uso delle publiche vie, e delle publiche acque.

I. Le azioni dirette per la tutela delle cose sacre sono le seguenti:

1) L'*interdictum ne quid in loco sacro fiat* contro colui che imprende qualche fatto od opera in pregiudizio di un luogo sacro; una tale azione è data a chiunque fosse di quella comunità religiosa. Lo stesso non è solo proibitorio, ma anche restitutorio (a).

2) L'*interdictum de mortuo inferendo*, concesso a colui che volendo adempiere il seppellimento di un morto, ne viene impedito; lo stesso è concesso affinchè si deponesse provvisoriamente un cadavere anche quando n' è contrastato il diritto; oltre a ciò compete a colui che ne fu impedito un'*actio in factum* per danni (b).

(a) L. 1. pr. ue quid in loc. sacr. (43. 6.). *Ulp.* Ait Praetor: *In loco sacro facere, in ve eum immittere quid veto.* Hoc iuterdictum de sacro loco, nou de sacrario competit. Quod ait Praetor: *ne quid in loco sacro fiat*, uou ad boc pertiuet, quod oruameuti causa fit, sed quod deformitatis, vel iucommodi. Sed et cura aedium locorumque sacrorum mandata est his, qui aedes sacras curant. — L. 2. §. 19. ue quid. iu loc. pnb. (43. 8.).

(b) L. 1. §. 1-4. de mort. iufer. (11. 8.). *Ulp.* Praetor ait: *Quo quave illi mortuum inferre invito te ius est, quo minus illi eo eave mortuum inferre, et ibi sepelire liceat, vim fieri veto.* Qni infereudi mortuum ins babet, nou probibetnr inferre; prohiberi antem iuferre videtur, sive in iocnm iuferre prohibeatur, sive itinere arceatur. Hoc interdicto de mortuo inferendo dominus proprietatis uti potest; qnod etiam de loco pnro competit. Item si mihi in fundum via debeatur, in quem fundum inferre volo, et via prohibear, hoc interdicto posse me experiri, pla-

3) L'*interdictum de sepulcro aedificando*, è concesso a colui, al quale ingiustamente si contraddice l' edificazione o riparazione di un sepolcro (c).

II. I mezzi giuridici concessi per tutelare l' uso dei publici luoghi sono i seguenti:

1) Quando in un luogo publico qualcuno fa tali operazioni che pregiudicano altrui l'esercizio del proprio dritto, come quando si toglie la veduta o l'altro vantaggio (d), al danneggiato è concesso l'*interdictum ne quid in loco publico vel intenere fiat*, il quale è solamente proibitorio e non restitutorio; esso è diretto per far desistere dalle opere fatte sul terreno publico, ma che non sono state terminate; nel caso che lo fossero, interverrebbe la publica autorità (e). Oltre a ciò un altro interdetto *de loco publico fruendo* è concesso a colui, il quale ha in modo legale condotto l'uso di un publico luogo, ed al suo socio, contro qualunque turbativa di questo loro diritto (f).

cuit, quia inferre prohibeor, qui via uti prohibeor; idque erit probandum, et si alia servitus debeatur. Hoc interdictum prohibitorium esse, palam est.— L.8. §. ult. L. 9. de relig. (11. 7.). confr. L. 43. de relig. (11. 7.).

(c) L. 1. §. 5-10 de mort. infer. (11. 8.). *Ulp.* Praetor ait: *quo illi ius est invito te mortuum inferre, quo minus illi in eo loco sepulcrum sine dolo malo aedificare liceat, vim fieri veto.* Interdictum hoc propterea propositum est, quia religionis interest, monumenta exstrui et exornari. Facere sepulcrum sive monumentum in loco, in quo ei ius est nemo prohibetur. Aedificare videtur prohibere, et qui prohibet eam materiam convehi, quae aedificio necessaria sit; proinde et, si operi necessarios prohibuit quis venire, interdictum locum habet; et si machinam alligare quis prohibeat, si tamen eo loci prohibeat, qui servitutem debeat. Ceterum si in meo solo velis machinam ponere, non tenebor interdicto, si iure te non patiar. *Aedificare* autem non solum, qui novum opus molitur, intelligendus est, verum is quoque, qui vult reficere. Is, qui id agit, ut labatur sepulcrum, hoc interdicto tenetur.

(d) L. 2. §. 10. ne quid in loc. publ. (43. 8.). *Ulp.* Merito ait Praetor: *qua ex re quid illi damni detur*; nam quotiescunque aliquid in publico fieri permittitur, ita oportet permitti, ut sine iniuria cuiusquam fiat; et ita solet Princeps, quoties aliquid novi operis instituendum petitur, permittere.

(e) L. 2. §. 17-19. L. 7. eod. *Ulp.* Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur, et quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium; si tamen obstet id aedificium publico usui, utique is, qui operibus publicis procurat, debebit id deponere, aut si non obstet, solarium ei imponere; vectigal enim hoc sic appellatur, solarium ex eo, quod pro solo pendatur. Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, uti caveatur non fieri; et ea omnia etiam in persona heredum ceterorumque successorum erunt cavenda.

(f) L. 1. de loco publ. fruend. (43. 9.). *Ulp.* Praetor ait: *quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei, qui conduxit, sociove eius, e lege locationis frui liceat, vim fieri veto.* Interdictum hoc publicae utilitatis causa propositum est; tuetur enim vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, qui id fruendum conduxit. Sed si simul veniant ad interdictum movendum ipse, qui conduxerit, et socius eius, magis est, ut ipse conductor praeferatur. Ait Praetor: *quo minus e lege locationis frui liceat*; merito ait: *e lege locationis*, ultra legem enim, vel contra legem non debet audiri, qui frui desiderat.

2) Oltre a due precedenti interdetti ve ne sono altri circa alla tutela dell'uso della publica via.

a) Quando qualcuno fa delle opere, ovvero cambia lo stato regolare della publica strada, sicchè questa diventi poco praticabile, ciascuno del popolo ha un interdetto contro l'autore e possessore di tali opere; anche questo interdetto è proibitorio. Le stesse disposizioni valgono per una via rustica (g).

b) Chi viene impedito di servirsi di una publica via può esercitare non solo un'*actio iniuriarum*, ma ha anche un interdetto proibitorio (h).

c) Quando qualcuno viene impedito nel ricostruire o riparare una strada, può allora usare di un interdetto proibitorio quando per mezzo del suo lavoro la via non si faccia peggiore (i).

III. Gl'interdetti per tutelare l'uso dei publici fiumi sono i seguenti:

1) Quando s'imprendono opere nei publici fiumi, ovvero anche sulle rive in modo da impedire la navigazione il traffico o l'approdo delle barche, si può da ciascun del popolo opporre un interdetto proibitorio, ed uno restitutorio contro colui il quale è attuale possessore (k). Quantunque questo interdetto non valesse che per i fiumi navigabili, pure può essere applicato *utiliter* ai fiumi non navigabili, quando viene in modo pregiudizievole cambiato il corso del medesimo (l).

2) Quando nel fiume o nelle rive vengono fatte opere per mezzo delle quali il corso del fiume viene cambiato, comparativamente all'ultima està, in modo che colui che ne è vicino, ne soffre danno, è concesso al danneggiato per questa guisa un interdetto proibitorio contro colui che esegue le opere, e restitutorio contro il possessore delle medesime (m). Se simili opere sieno state imprese per tutelare un proprio fondo, chi le imprende può all'interdetto opporre una eccezione (n).

(g) L. 2. §. 20. 24. 35. eod. *Ulp.* Hoc interdictum tantum ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non; harum enim cura ad magistratus pertinet.

(h) L. 2. §. 45. eod.

(i) T. D. de via publica et itinere reficiendo (43. 10.).

(k) L. 1. §. 1. ss. ne quid in flum. publ. ripave, eius fiat. (43. 12.). *Ulp.* Ait Praetor: *ne quid in flumine publico ripave eius facias, ne quid in flumine publico neve in ripa eius immittas, quo statio iterve navigio deterior sit, fiat.*

(l) L. 1. §. 12. 17. 18. eod. *Ulp.* Non autem omne, quod in flumine publico ripave fit, coercet Praetor, sed si quid fiat, quo deterior statio et navigatio fiat. Ergo hoc interdictum ad ea tantum flumina publica pertinet, quae sunt navigabilia, ad cetera non pertinet. Sed Labeo scribit, non esse iniquum, etiam, si quid in eo flumine, quod navigabile non sit, fiat, ut exarescat, vel aquae cursus impediatur, utile interdictum competere, ne vis ei fiat, quominus id opus, quod in alveo fluminis ripave ita factum sit, ut iter, cursus fluminis, deterior sit, fiat, tollere, demoliri, purgare restituere viri boni .

(m) L. 1. §. 1. ss. 9. 11. ne quid. in flum. publ. fiat, quod aliter aqua fluat. (43. 13.).

(n) L. un. §. 6. 7. eod. *Ulp.* Sunt qui putent, excipiendum hoc interdicto: *quod eius ripae*

3) Quando qualcuno viene impedito di navigare per i fiumi publici, i laghi ecc. o di caricare e scaricare alle rive, ovvero di usare del fiume per abbeverare animali, egli potrà produrre un interdetto proibitorio (o). Chi è impedito di pescare in un publico fiume o lago, ha un'*actio iniuriarum*, quantunque colui il quale avesse preso in fitto la pesca, può opporgli un utile interdetto *de loco publico fruendo* (p).

4) A ciascuno è permesso di accomodare in proprio vantaggio le rive di un fiume publico purchè non si pregiudichi il traffico delle barche, e si presti una *cautio damni infecti* per i prossimi dieci anni; con tali requisiti si potrà avere un interdetto proibitorio contro colui che turba questa operazione (q).

5) Chi ha il privilegio di condurre l'acqua da un pubblico serbatorio, *aqua ex castello*, in un fondo privato, ha per tutela di questo dritto un interdetto proibitorio (r)

IV. Finalmente contro colui il quale fa operazioni da peggiorare le publiche cloache, ciascuno del popolo potrà usare tanto un proibitorio interdetto contro l'impreditore, quanto uno restitutorio contro il possessore delle medesime (s).

muniendae causa non fiet, scillcet ut, si quid fiat, quo aliter aqua fluat, si tamen muniendae ripae causa fiat, interdicto locus non sit; sed nec hoc quibusdam placet, neque enim ripae cum incommodo accolentium muniendae sunt. Hoc tamen iure utimur, ut Praetor ex causa aestimet, an hanc exceptionem dare debeat; plerumque enim utilitas suadet exceptionem istam dari. Sed etsi aliqua utilitas vertatur eius, qui quid in flumine publico fecit, pone enim grande damnum flumen ei dare solitum, praedia eius depopulari, si forte aggeres, vel quam aliam munitionem adhibuit, ut agrum suum tueretur, eaque res cursum fluminis ad aliquid immutavit, cur ei non consulatur? Plerosque scio prorsus flumina avertisse, alveosque mutasse, dum praediis suis consulunt; oportet enim in huiusmodi rebus utilitatem et tutelam facientis spectari, sine iniuria utique accolarum.

(o) L. un. §. 1. ss. 8. *ut in flum.* publ. nav. (43. 14.). *Ulp.* Praetor ait: *Quo minus illi in flumine publico navem, ratem agere, quove minus per ripam onerare, exonerare liceat, vim fieri veto. Item ut per lacum, fossam, stagnum publicum navigare liceat, interdicam.* Hoc interdicto prospicitur, ne quia flumine publico navigare prohibeatur; sicuti enim ei, qui via publica uti prohibeatur, interdictum supra propositum est, ita hoc quoque proponendum Praetor putavit. Si privata sunt suprascripta, interdictum cessat. — L. un. §. 7. eod. L. 13. §. 7. de iniur. (47. 10.).

(q) L. un. de rip. munieda (43. 15.). *Ulp.* Praetor ait: *quo minus illi in flumine publico ripave eius opus facere, ripae agrive, qui circa ripam est, tuendi causa, liceat, dum ne ob id navigatio deterior fiat, si tibi damni infecti in annos decem, viri boni arbitratu, vel cautum vel satisdatum est, aut per illum non stat, quo minus viri boni arbitratu caveatur vel satisdetur, vim fieri veto.*

(r) L. 1. §. 38. de qua aquot. et aest. (43. 20.). *Ulp.* Ait Praetor: *quo ex castello illi aquam ducere ab eo, cui eius rei ius fuit, permissum est, quo minus ita, uti permissum est, ducat, vim fieri veto. Quandoque de opere faciendo interdictum erit damni infecti caveri iubebo.*

(s) L. 1. §. 15. 16. L. 2. de cloacis (43. 23.). *Ulp.* Deinde ait Praetor: *Quod in cloaca publica factum, sive ea immissum habes, quo usus eius deterior sit, fiat, restituas. Item ne quid fiat, immittaturve, interdicam.* Hoc interdictum ad publicas cloacas pertinet, ne quid ad cloacam immittas, neve facias, quo usus deterior sit, neve fiat.

§. 391.

B. Della operis novi nuntiatio.

TT. D. operis novi nuntiatione (39.1,); — De remissionibus (43. 25.); — C. de novi operis nuntiatione (8.11.)— *Kaemmerer*, de oper. novi nuntiat.Heidelb. 1807.— *Engelhard*, de oper. nov. nunt. Lips. 1821. — *Wiederhod*, l'inter. uti possidetis et op. nov. nunciat., *Hanau*, 1831. — *Polis*, de operis nov. nuutiatione Trai. ad Rh. 1853.

I. Intendesi per *operis novi nuntiatio* quell'atto straordinario mediante cui chi fu danneggiato per la mutazione fatta dallo stato di un terreno, proibisce di proseguire l'opera incominciata. Su questo istituto giuridico valgono le seguenti regole:

1) Bisogna che vi sia la costruzione incominciata e non ancora finita di una cosa al suolo congiunta, sia che quest'opera consistesse nell'edificare, cambiare, o anche demolire, avvenga ciò in un fondo privato o publico (a).

2) La *nuntiatio* della nuova opera si fa o *iuris nostri tuendi causa*, ovvero *damni depellendi*, ovvero *public. iuris tuendi gratia* (b).

a) Il proprietario per tutelare il suo diritto potrà nunciare la nuova opera in forza del suo *ius prohibendi*, che in questo caso può essere considerato come condizione della *nuntiatio*, come quando la nuova opera offende la sostanza del proprio fondo, cominciando qualcuno nel nostro fondo a costruire o a demolire un edificio. Similmente il possessore del fondo potrà avere un *ius prohibendi*, quando per mezzo della nuova opera, si pregiudichi un diritto che spetta al proprio fondo, il che può avvenire in doppio modo, in quanto che tale diritto può derivare da determinazioni generali delle leggi, come sarebbero le leggi sulle costruzioni *(causa publica)*, ovvero da private disposizioni *(causa impositilia)*, ossia sulle servitù (c). Questo diritto si limita solamente alle servitù urbane (d).

(a) L. 1. §. 1. 11. 12. 14. L. 5. §. 9. h. t. *Ulp.* Opus novum facere videtur, qui aut aedificando, aut detrahendo aliquid pristinam faciem operis mutat. Hoc autem Edictum non omnia opera complectitur, sed ea sola, quae solo coniuncta sunt, quorum aedificatio, vel demolitio videtur opus novum continere. Idcirco placuit, si quis messem faciat, arborem succidat, vineam putet, quamquam opus faciat, tamen ad hoc Edictum non pertinere, quia ad ea opera, quae in solo fiunt, pertinet hoc Edictum. — confr. L. 1. §. 16. 17. eod.

(b) L. 1. pr. §. 16. ss. L. 5. §. 6. L. 8. §. 2. h. t. *Ulp.* Nuntiatio fit aut iuris nostri conservandi causa, aut damni depellendi, aut publici iuris tuendi gratia. — L. un pr. §. 2. de remiss. (43. 25.).

(c) L. 1. §. 17. L. 5. §. 8. 9. h. t. *Ulp.* Et belle Sextus Pedius definiit, tripilcem esse causam operis novi nuntiationis, aut naturalem, aut publicam, aut impositiciam; naturalem, quum in nostras aedes quid immittitur, aut aedificatur in nostro; publicam causam, quoties Leges, aut Senatusconsulta Constitutionesque Principum per operis novi nuntiationem tuemur; impositiciam, quum quis, posteaquam ius suum deminuit, alterius auxit, hoc est, posteaquam servitutem aedibus suis imposuit, contra servitutem fecit. — L. 3. pr. de mort. infer. (11. 8.). — L. 15. de serv. praed. urb. (8. 2.). — L. 6. §. 7. si servit. vind. (8. 5.).

(d) L. 14. h. t. *Julian.* Qui viam habet, si opus novum nuntiaverit adversus eum, qui in via aedificat, nihil agit, sed servitutem vindicare non prohibetur.

b) Quando per mezzo dell' opera nuova vien minacciata la sicurezza del fondo vicino, sicchè si potrebbe chiedere la *cautio damni infecti*, questa negata, si potrà ricorrere alla *operis novi nuntiatio damni depellendi gratia* (e).

c) Finalmente quando viene impresa qualche cosa in un fondo destinato all'utile comune, si potrà anche nunciare la nuova opera *publici iuris tuendi gratia* (f).

3) Se la *operis novi nuntiatio* ha lo scopo di tutelare un diritto pubblico, è concessa a ciascun cittadino pubere; negli altri casi questo diritto è dato a colui il quale direttamente fu pregiudicato dalla nuova opera incominciata (g). Per la qual cosa il diritto di nunciare la nuova opera appartiene:

a) Al proprietario come il naturale rappresentante della sostanza e dei diritti pregiudicati del fondo (h). In caso che il fondo fosse in condominio, a ciascuno dei condomini è concesso il diritto della *nuntiatio* contro i terzi, ma esso è negato contro l'altro condomino, anche quando l'opera nuova incominciata da un condomino venga a pregiudicare più direttamente la proprietà esclusiva dell'altro socio. La ragione è che la *nuntiatio*, operando nel medesimo tempo su tutto il condominio, il socio verrebbe a nunciare la nuova opera anche a se stesso, eccetto quando si rivolge direttamente al Pretore, o il divieto si domanda nell'*actio communi dividundo* (i).

b) Il medesimo diritto spetta a colui, il quale può esercitare una *utilis rei vendicatio*, come il superficiario (k), l'enfiteuta, il creditore pegnoratario (l), e certamente anche il possessore di buona fede. Il solo usufruttuario non può esercitare questo diritto, ben potrà egli nunciare l'opera nuova, ma *procuratorio nomine*, ossia il nome del proprietario, e però non

(e) L. 1. §. 17. h. t. *Ulp.* Nuntiamus autem, quia ius aliquid prohibendi habemus, vel ut damni infecti caveatur nobis ab eo, qui forte in publico, vel in privato quid molitur, aut si quid contra leges Edictave Principum, quae ad modum aedificiorum facta sunt, fiet, vel in sacro, vel in loco religioso, vel in publico, ripave fluminis, quibus ex causis et interdicta proponuntur.

(f) L. 1. ss. 17. eod. — Ved. not. prec.

(g) L. 1. §. 19. L. 3. §. 4. L. 4. 5. h. t. *Ulp.* Si in publico aliquid fiat, omnes cives opus novum nuntiare possunt.

(h) L. un. §. 3. de remiss. (43. 25.). *Ulp.* Ius habet opus novum nuntiandi, qui aut dominium, aut servitutem habet.

(i) L. 3. §. 1. 2. L. 5. 6. h. t.

(k) L. 3. §. 3. h. t. *Ulp.* Si ego superficiarius sim, et opus novum fiat a vicino, an possim nuntiare? Movet, quod quasi inquilinus sum. Sed Praetor mihi utilem in rem actionem dat, et ideo et servitutum causa actio mihi dabitur, et operis novi nuntiatio debet mihi concedi.

(l) L. 9. h. t. L. un. §. 5. de remiss. (43. 25.).

potrà nunciare contro quest'ultimo (m); nè la potranno coloro i quali non hanno sulla cosa che un diritto personale.

4) La *operis novi nuntiatio* è un atto senza forma, nè è necessario che si vada dal Pretore, sebbene è possibile che nel dubbio alcuno chiedesse autorità dal Pretore, autorità che poteva essere anche negata (n).

La *operis novi nuntiatio* è diretta alla cosa e non alla persona, e questo principio dev' essere osservato anche nella forma esterna; ossia il divieto è dato all'opera medesima e non alla persona che l'imprende; per la qual cosa colui che vieta all'opera di non andare più innanzi dev' essere sulla faccia del luogo, vicino all' opera medesima; si richiede solamente che vi fosse presente qualcuno il quale potesse ascoltare la *nuntiatio* e riferirla al proprietario, sia esso un fanciullo, una donna, un lavorante ecc. (o).

Che il proprietario avesse o no notizia della *nuntiatio* avvenuta, è perfettamente indifferente (p).

Tutto ciò può farsi dal procuratore quante volte dà cauzione reale per l'assenso del vero interessato (q).

II. L'effetto della *operis novi nuntiatio* è che qualunque continuazione dell'opera fino a causa finita è illegale, e per conseguenza in caso che non si desista, mediante un interdetto restitutorio detto comunemente *de demoliendo* si potrà chiedere che vengano ristabilite le cose nello stato primiero (r). Su questo punto bisogna osservare:

1) La *operis novi nuntiatio* opera esclusivamente in favore di colui, dal quale o nel cui nome è stata fatta, nè l' universale nè il singolare suc-

(m) L. 1. §. ult. L. 2. h. t. *Ulp.* Usufructuarius autem opus novum nuntiare suo nomine non potest, sed procuratorio nomine nuntiare poterit, aut vindicare usumfructum ab eo, qui opus novum faciat; quae vindicatio praestabit ei, quod eius interfuit, opus novum factum non esse. — L. un. §. 4. de remiss.

(n) Ved. L. 16. 19. fin. h. t.

(o) L. 5. §. 2-4. h. t. *Ulp.* Nuntiationem autem in re praesenti faciendam meminisse oportebit, id est eo loci, ubi opus fiat, sive quis aedificet, sive inchoet aedificare. Nuntiari autem non utique domino oportet; sufficit enim in re praesenti nuntiari ei, qui in re praesenti fuerit, usque adeo, ut etiam fabris vel opificibus, qui eo loci operantur, opus novum nuntiari possit. Et generaliter ei nuntiari opus novum potest, qui in re praesenti fuit domini operisve nomine; neque refert, quis sit iste, vel cuius conditionis, qui in re praesenti fuit; nam et si servo nuntietur, vel mulieri, vel puero, vel puellae, tenet nuntiatio; sufficit enim, in re praesenti operis novi nuntiationem factam sic, ut domino possit renuntiari.

(p) L. 1. §. 5. L. 10. 14. h. t. *Ulp.* Operis novi nuntiatio in rem fit, non in personam; et ideo furioso et infanti fieri potest, nec tutoris auctoritas in ea nuntiatione exigitur.

(q) L. 1. §. 3. L. 5. §. 18. h. t. — confr. L. 5. §. 1. eod.

(r) L. 20. pr. §. 4. h. t. *Ulp.* Praetor ait: *quem in locum nuntiatum est, ne quid operis novi fieret, qua de re agitur, quod in eo loco, antequam nuntiatio missa fieret aut in ea causa esset, ut remitti deberet, factum est, id restituas.*

cessore vi potrà acquistare un diritto; anzi essa è inefficace anche per il condomino; se non che, quando per mezzo della violazione della *nuntiatio* si è acquistato il diritto pel nunciante, l'interdetto che su questo diritto è fondato, si trasmette agli eredi (s).

2) Operando la *nuntiatio in rem* e non *in personam*, ne segue che essa può essere efficace contro chiunque avesse contro il divieto continuato la nuova opera, anche quando egli nulla avesse conosciuto dalla *nuntiatio* avvenuta. Essa può avere un doppio effetto: si può chiedere che la continuazione della nuova opera venga demolita a spese del convenuto, ovvero il convenuto può essere lui stesso obbligato a prestare all' attore *patientiam destruendi operis;* il primo di questi due effetti, avendo il carattere di una pena, può colpire semplicemente colui il quale si rese colpevole di un delitto (t). Per la qual cosa può avere efficacia:

a) Contro lo stesso proprietario non solo, ma pure contro il successore universale e singolare che continuò l'opera (u); però l' effetto contro colui *qui fecit et possidet* è sempre la prestazione della pazienza e non la restituzione, cioè che a proprie spese si demolisca l'opera, eccetto nel caso che si fosse operato con scienza contro il divieto, perchè vi si potrà procedere per le *impensae:* così il compratore di un fondo contro cui è stato nunciato, non potrà essere obbligato alla demolizione, ma solo a prestare la pazienza; purchè non conoscendo del divieto proseguì l'opera (v).

b) Quando si proseguì l' opera contro il divieto, ma colui che fece non è più possessore del fondo, *fecit, alius possidet*, l'interdetto restitutorio sarà diretto contro chi possiede solamente per obbligare il possessore alla pazienza, ma nel medesimo tempo si potrà l'*actio in factum* dirigere contro colui che fece l' opera pel risarcimento delle spese, ovvero contro il successore universale in quanto addivenne più ricco (x).

(s) L. 5. §. 6. L. 8. §. 6. L. 20. §. 6. h. t. *Paul.* Morte eius, qui nuntiavit, extinguitur nuntiatio, sicut alienatione, quia in his modis finitur ius prohibendi.

(t) L. 10. 22. 23. h. t. *Marcel.* Cui opus novum nuntiatum est, ante remissam nuntiationem opere facto decessit; debet heres eius patientiam destruendi operis adversario praestare; nam et in restituendo huiusmodi opere eius, qui contra Edictum fecit, poena versatur, porro autem in poenam heres non succedit.

(u) L. 8. §. 7. L. 23. h. t. *Iavol.* Is, cui opus novum nuntiatum erat, vendidit praedium, emtor aedificavit; emtorem, an venditorem teneri putas, quod adversus Edictum factum sit? Respondit, quum operis novi nuntiatio facta est, si quid aedificatum est, emtor, id est dominus praediorum, tenetur, quia nuntiatio operis, non personae fit; et is demum obligatus est, qui eum locum possidet, in quem opus novum nuntiatum est.

(v) L. 3. §. 3. de alienat. iud. mut. caus. (5. 7.). In questo modo è possibile togliere la contraddizione di questo passo con la legge 23. h. t. Ved. Glossa ad L. 3. §. 3. cit. — *Cuiac.*, recit. op. omn. pag. 1177. Ved. *Vangerow*, §. 676.

(x) L. 20. §. 7. 8. L. 22. h. t. — Ved. not. (u).

c) Quando l'opera nuova fu nunciata ad un fondo in condominio, la *nuntiatio* opera contro tutti i condomini; ma, se contro il divieto solamente un solo proseguì l'opera, l'interdetto restitutorio potrà essere esercitato contro quest' ultimo *in solidum*, gli altri saranno obbligati a prestare la pazienza (y).

3) L'effetto della *operis novi nuntiatio* è assoluto, ossia è perfettamente indifferente, se chi faceva l' opera ne avesse o no diritto (z). Questo principio però vale per il convenuto (*nuntiatus*) non per l' attore (*nuntians*), giacchè allora questi potrà far uso di questo diritto alla restituzione, quando proverà essere in relazione col fondo per cui si è nunciato la nuova opera, ossia che egli sia proprietario, superficiario ecc., che vi è stata una vera *nuntiatio*, e che ciò non ostante l'opera è stata proseguita. Allo scopo della pruova si dovea prendere nell' atto della *nuntiatio* la misura della opera, e come ciò non poteva avvenire senza violare il terreno altrui, è dato a questo proposito un decreto dal Pretore (aa).

4) Contro l' interdetto restitutorio può opporsi una valida eccezione, quando nell' atto della *nuntiatio* vi fu un contratto tra il nunciante ed il nunciato, eccetto nel caso che la *nuntiatio* fosse stata fatta *iuris publici tuendi gratia*, e pel bene comune, o quando l' opera è di tal natura che non può essere indugiata (bb).

III. L'efficacia della *nunciatio*, ristretta nel diritto anteriore a Giustiniano nello spazio di un anno, non ebbe poi limite di tempo: sicchè alla *operis novi nuntiatio*, eccetto il caso della morte e della perdita del diritto da parte del nunciante, non rimane che la estinzione principalmente per due motivi, cioè per *remissionem* e per *satisdationem*.

1) *Remissio* è l'astinzione del divieto per intervento del magistrato. Il nunciato, il quale vuole liberare dal divieto l'opera, *extra ordinem* produce un giudizio presso il magistrato competente. Dopo una cognizione di causa, la *remissio* è concessa quando manca alla *nuntiatio* uno dei chiesti requi-

(y) L. 5. §. 5. L. 18. pr. h. t. *Papin.* Aedibus communibus si ob opus novum nuntiatio uni fiat, si quidem ex voluntate omnium opus fiat, omnes nuntiatio tenebit; si vero quidam ignorent, in solidum obligabitur, qui contra Edictum Praetoris fecerit.

(z) L. 1. pr. §. 7. L. 20. §. 1. 3. 4. h. t. *Ulp.* Hoc edicto promittitur, ut, sive iure, sive iniuria opus fieret, per nuntiationem inhiberetur, deinde remitteretur prohibitio hactenus, quatenus prohibendi ius is, qui nuntiasset, non haberet.

(aa) L. 8. §. 5. h. t.

(bb) L. 1. §. 10. L. 5. §. 11. 12. 13. L. 7. §. 14. h. t. *Ulp.* Inde quaeritur apud Celsum libro duodecimo Digestorum, si post opus novum nuntiatum conveniat tibi cum adversario, ut opus faceres, an danda sit conventionis exceptio. Et ait Celsus, dandam, nec esse periculum, ne pactio privatorum iussui Praetoris anteposita videatur; quid enim aliud agebat Praetor, quam hoc, ut controversias eorum dirimeret, a quibus si sponte recesserunt, debebit id ratum habere? — confr. L. 3. §. 8. de rivis. (43. 21.).

siti; quando l'attore non presta il giuramento di calunnia; ovvero colui il quale fece la *nuntiatio procuratorio nomine* non vuol dare la cauzione per l'assenso del proprietario *(cautio de rato)* (cc). In questa *cognitio* il *ius prohibendi* resta perfettamente fuori questione, e come trattasi di conoscere se la *nuntiatio* fu regolarmente fatta, nella decisione non viene nè riconosciuto nè negato il diritto di vietare. Se la *remissio* viene negata, e rimane per conseguenza la *nuntiatio*, al nunciato non solo rimane il mezzo di liberarsi con la *satisdatio*, ma potrà esercitare contra il nunziante un' azione petitoria, la quale se ha per effetto che vien riconosciuto il suo *ius aedificandi*, la *nuntiatio* cade da per se stessa; ma se al contrario la *remissio* per uno degli esposti motivi è concessa, al nunciante si riserba pure il *ius prohibendi;* ed allora la *remissio* può giovare veramente al nunziato, quando al primo manca il *ius prohibendi*, nel caso contrario la *remissio* è inutile (dd).

2) La *operis novi nuntiatio* cessa anche per mezzo della *stipulatio ex operis nuntiatione.* Il nunciato riprende il dritto di continuare la sua opera, se promette, nel caso che il giudizio si decidesse contro di lui, di ricondurre a proprie spese le cose nello stato primiero (ee). È sufficiente che la cauzione sia offerta, se poi è veramente prestata e non accettata dal nunciante senza giusti motivi, la *remissio* avrà i suoi effetti immediatamente, ritenendosi come già concessa; perciò sarà dato un interdetto proibitorio se il nunciante volesse ancora impedirgli di continuare l'opera (ff). Questo diritto di offrire cauzione è stato sostanzialmente rimutato da Giustiniano, ordinando che il nunciante allora è obbligato ad accettare una tale cauzione, quando il processo dura in lungo oltre i tre mesi (gg).

(cc) L. 1. §. 9. 17. L. 5. §. 14. 18. h. t. *Ulp.* Qui procuratorio nomine nuntiaverit, si non satisdabit, eam rem dominum ratam habiturum, nuntiatio omni modo remittitur, etiamsi verus sit procurator.

(dd) L. 1. pr. h. t. — L. un. §. 2. 4. de remiss. (43. 25.). Ved. Cuiac. obss. 1. 16.

(ee) L. 5. §. 17. L. 8. §. 2. 4. L. 12. 20. §. 1. L. 21. h. t. *Ulp.* Interdictum hoc proponitur ex huiusmodi causis. Edicto expressum est, ne post operis novi nuntiationem quidquam operis fiat, antequam vel nuntiatio missa fiat, vel vice nuntiationis missae satisdatio de opere restituendo fuerit interposita. Qui igitur facit, etsi ius faciendi habuit, tamen contra interdictum Praetoris facere videtur, et ideo hoc destruere cogitur. — L. un. §. 2. de remiss. (43. 23.). — L. 1. §. 6. L. 2. §. 1. de stipul. praet. (46. 5.).

(ff) L. 5. §. 17. L. 8. §. 2. 4. L. 20. pr. §. 9. ss. h. t.

(gg) L. un. C. h. t. *Iustinian.* De operis novi nuntiatione quandam antiquis ortam fuisse dubitationem, nostra cognovit tranquillitas, dicentibus, si quis denuntiationem ad inhibendum opus miserit, non posse eum post annum elapsum, ex quo denuntiatio missa est, iterum aedificationem prohibere. Quod dupliciter iniquum nobis esse videtur. Sive etenim non recte opus prohibuerit, decet non per totum annum hoc impediri, sive recte denuntiationem emiserit etiam post annum licentiam habere aedificationem prohibere. Talem igitur iniquitatem inhibentes, sancimus, si quis denuntiationem emiserit, in hac quidem regia urbe praefectum urbi festina-

Se all'opposto la nunciazione della nuova opera avvenne *iuris publici tuendi gratia* , non vi è luogo a *satisdatio*, ma ad una semplice *repromissio* da parte del nunciato, la quale non concede il diritto di continuare l'opera , nè di ottenere l'interdetto proibitorio , come nel caso antecedente, ma solo si è obbligato alla *repromissio* , affinchè se la opera fosse continuata, si assicurassero al nunciante la spesa di demolizione (hh).

3) Quando per mezzo della *remissio o satisdatio* è tolto il divieto imposto ad un'opera, il nunciato potrà continuarla, purchè avesse il *ius aedificandi,* ed al nunziante, non ostante la *satisdatio* e la *remissio,* rimangono le sue legittime azioni, come l'*actio confessoria* o l'*actio negatoria* (ii). Il solo vantaggio adunque che si ha della *remissio* o della *satisdatio* è che l' attore viene limitato a queste azioni e però deve pienamente provare il *ius prohibendi* (kk).

§. 392.

C. Della proibizione e dell'interdictum quod vi aut clam.

T. D. Quod vi aut clam (43. 24.). — *Mayer* , de interdicto quod vi aut clam observationes, *Lips. 1838.*

Simile alla *operis novi nuntiatio* ed all' interdetto proibitorio che ne nasce è la *prohibitio* e l' interdetto *quod vi* che da essa si genera. Questo istituto consiste in ciò: quando qualcuno si crede pregiudicato, perchè altri imprende sopra un fondo una qualche azione, da lui severamente proibitagli, se, non ostante la proibizione, si compie con violenza o contro il divieto, gli sarà concesso un interdetto restitutorio, mediante cui potrà prendere il ristabilimento delle cose siccome nel tempo del divieto. Tuttochè grande l'analogia della *prohibitio* con la *nuntiatio,* vi sono nondimeno tra questi due istituti le seguenti differenze:

re, in provincia vero rectorem eius, intra trium mensium spatium causam dirimere; sin vero aliquid fuerit quocunque modo ad decisionem ambiguitatis impedimentum, licentiam habere eum, qui aedificationem deproperat, opus, de quo agitur, efficere, prius fideiussore ab eo dato officio urbicariae praefecturae vel provinciali, ut, si non recte aedificaverit, omne opus, quod post denuntiationem fecerit, suis sumtibus destruet. Sic enim et opera non per inanes denuntiationes prohibebuntur, et recte denuntiantibus consuletur.

(hh) L. 8. §. 3. L. 20. §. 13. h. t. *Ulp.* Adiicitur et illud: *aut per te stat, quo minus satisdetur*, proinde si satis datum non est, sed repromissum, interdicto huic locus non erit; neque enim permittendum fuit, in publico aedificare, priusquam appareat, quo iure quis aedificet. L. 1. §. 6. de stipul. praet. (46. 3.). L. 9. §. 14. de pactis (2. 14.).

(ii) L. 8. §. 4. L. 19. h. t. *Paul.* Sciendum est, denegata executione operis novi, nihilominus integras legitimas actiones manere, sicut in his quoque causis manent, in quibus ab initio operis novi denuntiationem Praetor denegat.

(kk) L. 1. §. 6. L. 5. §. 10. h. t.

I. In primo luogo è da notare che la *prohibitio* ha un vantaggio sulla *nuntiatio*.

1) Il concetto dell'*opus* qui è molto più ampio che nella *nuntiatio*. Anche per la *prohibitio* voglionci opere fatte sul suolo (a); ma queste possono essere muratorie, e di qualche altra specie, purchè mutino il suolo, o le sue accessioni; il tagliare alberi, una straordinaria mescolanza di letame col suolo ecc. sono anche obbietto della *prohibitio* (b).

2) Il diritto alla proibizione, e però l'interdetto *quod vi*, spetta non solo al proprietario del fondo pregiudicato dall'opera, e a colui che ha una *utilis rei vindicatio*, come la *nunciatio*, ma ancora a ciascun interessato (c); ossia all'usufruttuario come tale, e non *procuratorio nomine*, e perciò anche a lui contro il proprietario; similmente l'interdetto sarà concesso all'un condomino contro l'altro, al fittaiuolo ecc. (d).

Solamente si richiede che l'interesse fosse presente ed attuale; il compratore non potrà far uso di questo interdetto, quando l'opera fu menata a termine dopo la vendita, ma prima della tradizione (e); ma non si richiede che al tempo che si usa quest' interdetto l'attore fosse ancora

(a) L. 1. §. 4. L. 7. §. 5 L. 20. §. 4. b. t. *Ulp.* Hoc interdictum ad ea sola opera pertinet, quaecumqne in solo vi aut clam fiunt.

(b) L. 7. §. 5. 6. L. 13. pr. §. 3. 4. 7. b. t. *Ulp.* Notavimus supra, quod, quamvis verba interdicti late pateant, tamen ad ea sola opera pertinere iuterdictum placere, quaecunqne fiant in solo; eum enim, qui fructum tangit, non teneri interdicto. Quod vi aut clam; nullum enim opus in solo facit. At qui arbores succidit, utique teuebitur, et qui arundinem, et qui salictum; terrae enim, et quodammodo solo ipsi corrumpendo manus iufert. Idem et in vineis succisis. Ceterum qui fructum aufert, furti debet conveniri. Itaque si quid operis in solo fiat, interdictum locum habet. In solo fieri accipimus, et si quid circa arbores fiat, non si quid circa fructum arborum. Si quis acervum stercoris circa agrum pinguem disiecerit, cum eo, quod vi aut clam factum est, agi potest; et hoc verum est, quia solo vitium adhibitum sit. — L. 11. arb. furt. caesar. (47. 7.).

(c) L. 11. §. 1. 10. 12. 14. L. 12. 13. §. 3. b. t. *Ulp.* Idem Iulianus scribit, interdictum hoc non solum domino praedii, sed etiam his, quorum interest opus factum non esse, competere.

(d) L. 11. §. 12. L. 12. 13. pr. §. 3. h. t.

(e) L. 11. §. 9-13. h. t. *Ulp.* Ego, si post in diem addictionem factam fundus precario traditus sit, putem, emtorem interdictum quod vi aut clam habere. Si vero aut nondum traditio facta est, aut etiam facta est precarii rogatio, non puto dubitandum, quin venditor interdictum habeat; si enim competere debet, etsi res ipsius periculo non sit. Nec multum facit, quod res emtoris periculo est; nam et statim post venditionem contractam periculum ad emtorem spectat, et tamen, antequam ulla traditio fiat, nemo dixit interdictum ei competere. Si tamen precario sit in possessione, videamusne, quia interest ipsius, qualiterqualiter possidet, iam interdicto uti possit? Ergo, et si conduxit, multo magis; nam et colonum posse interdicto experiri, in dubium non venit. Plane si, posteaquam melior conditio allata est, aliquid operis vi aut clam factum sit, nec Iulianus dubitaret, interdictum venditori competere; nam inter Cassium et Iulianum de illo, quod medio tempore accidit, quaestio est, non de eo opere, quod postea contigit. — L. 13. §. 17. de act. emt. vend. (19. 1.).

possessore, così il venditore potrà usare l'interdetto dopo la vendita e la tradizione per l' opera fatta prima di questo tempo (f).

3) Per la *prohibitio* non è richiesta una speciale forma; è sufficiente che colui il quale si crede pregiudicato dall'opera manifesti una resistenza reale o simbolica, come lo scagliare una pietra contro l'opera medesima, similmente che nella *nuntiatio;* perciò l'*interdictum quod vi* concorre elettivamente coll'interdetto restitutorio dalla nunciazione di nuova opera (g). È indifferente se la *prohibitio* è fatta dalla medesima persona interessata o dal procuratore, anzi essa può essere fatta validamente anche dallo schiavo, il che non è certamente per la nunciazione della nuova opera (h).

La *prohibitio* al contrario della *nuntiatio* è fatta in *personam* non *in rem*; e però non è necess arioche la persona interessata nel pronunciarla sia immediatamente vicino e sulla faccia del luogo.

4) Egualmente come per la *nuntiatio* così nella proibizione *l'interdictum quod vi* nasce non appena l'imprenditore dell'opera trascura il divieto, abbia egli o no diritto a fare quell'opera (i).

5) Finalmente una rilevante differenza vi è nei modi d'estinzione; imperocchè, mentre nella *oper. nov. nunt.* vale la regola, che il nunciato è messo nel possesso, e il nunciante è limitato alle proprie azioni, al contrario in questo caso non colui che proibisce, ma l'altro deve presentarsi come attore, e deve per mezzo di un regolare giudizio cercare di togliere efficacia alla *prohibitio* (k).

Dall' altra parte nelle conseguenze la *operis novi nuntiatio* ha un vantaggio sulla *prohibitio*, e per conseguenza sull' *interdictum quod vi*; imperocchè nella prima il divieto è dato a tutta l'opera, e l' interdetto restitutorio è fondato quando la continuazione dell' opera è fatta anche in

(f) L. 11. §. 8. L. 16. pr. h. t. *Ulp.* Si, posteaquam vi aut clam factum est, venierit fundus, an venditor nihilominus hoc interdicto experiri possit, videamus. Et exstat sententia existimantium, nihilominus competere ei interdictum, nec finiri venditione; sed nec ex emto actione quidquam erit praestandum emtori ex eo opere, quod ante venditionem factum est; satis enim esse, quod utique propter hoc opus viliori praedium distraxerit. Certe, etsi non viliori vendidit, idem erit probandum.

(g) L. 1. §. 5. 6. L. 7. §. 2. L. 20. §. 1. h. t. *Ulp.* Sed et, si quis iactu vel minimi lapilli prohibitus facere, perseveravit facere, hunc quoque vi fecisse videri, Pedius et Pomponius scribunt; eoque iure utimur. — L. 6. §. 1. si servit. vind. (8. 5.). — L. 5. §. 10. de op. nov. nunt. (39. 1.). — L. 73. §. 3. de R. I. (50. 17.).

(h) L. 3. pr. 17. h. t. — confr. L. 5. §. 1. 18. de op. nov. nunt. (39. 1.).

(i) L. 1. §. 2. 3. h. t. *Ulp.* Et parvi refert, utrum ius habuerit faciendi, an non; sive enim ius habuit, sive non, tamen tenetur interdicto, propter quod vi aut clam fecit; tueri enim ius suum debuit, non iniuriam comminisci. Denique est quaesitum, an hoc interdicto utenti exceptionem possit obiicere, *quod non iure meo receperim.* Et magis est, ne possit; nam adversus vim, vel quod clam factum est, nulla iusta exceptione se tueri potest.

(k) L. 5. §. 10. de op. nov. nunt.

buona fede; mentre l'*interdictum quod vi* suppone un *opus vi factum*, ossia un delitto, perciò non potrà applicarsi quando l'opera fu compiuta da chi non conosceva del divieto (l).

Nato l'*interdictum quod vi* è diretto non solo contro l'imprenditore, ma ancora contro il possessore anche incolpevole (m), ma non in egual misura; imperocchè *qui fecit et possidet* è obbligato non solo a prestare la pazienza, ma ancora alle spese per togliere l'opera; *qui fecit nec possidet* sarà obbligato alle spese, *qui possidet* solamente a prestare la pazienza (n). Colui che fece sarà obbligato anche agl'interessi e molti rispondono *in solidum* (o).

L' *interdictum quod vi* cessa dopo un anno compiuta l'opera (p).

I medesimi principii osservati per l'*interdictum quod vi* valgono ancora per l'*interdictum clam*; il quale è applicato nel caso che l' opera è fatta di nascosto. L'*opus* intendesi *clam factum* quando qualcuno, che teme una proibizione o almeno deve temerla, imprende una qualunque mutazione senza annunziarla a colui, che l'avrebbe potuto proibire (q).

Un tale annunzio, affinchè avesse effetto, bisogna che sia fatto in modo che si determini la qualità dell'opera, il tempo ed il luogo, e che dopo l'opera sia in effetto incominciata. Del resto l'interdetto in discorso allora è anche applicato assolutamente, quando concorrono la violenza e la secretezza dell'opera già fatta (r).

(l) L. 20. §. 3. h. t. *Paul.* Item si prohibiti heres, vel is, qui ab eo emerit, ignorans causam praecedentem, fecerit, dicendum esse, Pomponius ait, non incidere eum in interdictum.

(m) L. 1. pr. L. 5. §. 13. L. 15. pr. h. t. *Ulp.* Semper adversus possessorem operis hoc interdictum competit; idcircoque si quilibet inscio vel etiam invito me opus in fundo meo fecerit, interdictum locus erit.

(n) L. 16. §. 2. h. t. *Paul.* In summa, qui vi aut clam fuit, si possidet, patientiam et impensam tollendi operis, qui fecit, nec possidet, impensam, qui possidet nec fecit, patientiam tantum debet. — Confr. L. 7. pr. §. 1. L. 13. §. 7. L. 14. 15. §. 1. h. t.—L. 4. §. 2. L. 13. de aqu. et aquae pluv. (39. 3.).

(o) L. 6. 11. §. 4. L. 15. §. 2. 7. ss. L. 21. §. 3. h. t.

(p) L. 15. §. 3-6. h. t. *Ulp.* Hoc interdictum in heredem ceterosque successores datur in id, quod ad eos pervenit, et post annum non competit. Annus autem cedere incipit, ex quo id opus factum perfectum est, aut fieri desiit, licet perfectum non sit; alioquin, si a principio operis coepti annum quis numeret, necesse est, cum his, qui opus tardissime facerent, saepius agi. Sed si is sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur, utputa in sepulcro vi aut clam factum est, vel in abdito alio loco; sed etsi sub terra fieret opus, vel sub aqua, vel cloaca aliquid factum sit, etiam post annum causa cognita competit interdictum de eo, quod factum est; nam causa cognita annuam exceptionem remittendam, hoc est, magna et iusta causa ignorantiae interveniente.

(q) L. 3. §. 7. 8. L. 4. 5. pr. L. 7. L. 18. §. 1. h. t. *Ulp.* Clam facere videri, Cassius scribit, eum, qui celavit adversarium, neque ei denuntiavit, si modo timuit eius controversiam, aut debuit timere. Item Aristo putat, eum quoque clam facere, qui celandi animo habet eum, quem prohibiturum se intellexerit, et id existimat, aut existimare debet, se prohibitum iri. — L. 73. §. 2. de R. I. (50. 17.)

(r) L. 11. §. 5. h. t. *Ulp.* Interdictum complectitur id, quodcunque aut vi, aut clam fa-

II. Obbligazioni ai danni e all a pena.

A. Sottrazioni.

§. 393.

1) Del furto.

T. Inst. de obligationibus, quae ex delicto nascuntur (4.1);—D. de furtis (47. 2);—C. de furtis et servo corrupto (6. 2.).

Quando qualcuno fraudolosamente si appropria una cosa mobile o un diritto *animo lucri faciendi* commette un furto (a).

L'obbietto del furto è adunque una cosa mobile tanto se appartiene ad un terzo, quanto se la cosa è propria.

Nel furto delle cose altrui bisogna distinguere due casi:

1) Quando si ha l'intento di appropriarsi tutta la cosa altrui ed acquistarvi un diritto così:

a) il furto nel più stretto significato della parola, ossia quando qualcuno sottrae fraudolosamente una cosa dalla potestà e possesso del proprietario per lucrare tutta intera la proprietà dell'oggetto sottratto. Questo è il caso originario e principale del furto, i seguenti non sono che una estensione;

b) quando qualcuno si appropria la cosa altrui che egli stesso aveva in possesso, ossia quando depositarii, mandatarii, comodatarii, usufruttuarii, terminano di possedere in nome altrui e incominciano a possedere come proprietarii (b).

etum est. Sed interdum evenit, ut quid et vi et elam fiat partim, et partim in eodem opere, utpute, quum prohiberem, fundamenta posuisti, postea quum convenissem, ne reliquum opus fieret, absente et ignorante me reliquum opus perfecisti, vel contra fundamenta clam iecisti, deinde cetera prohibente me aedificasti; hoc iure utimur, ut, etsi vi aut clam factum sit, interdictum hoc sufficiat. — L. 4. §. 1. C. de V. S. (6. 38.).

(a) §. 1. 6. Inst. h. t. L. 1. §. h. t. *Paul.* Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus eius possessionisve; quod lege naturali prohibitum est admittere.

(b) L. 1. §. 2. L. 33. 43. §. 1. L. 45. 52. §. 7. 16. L. 67. pr. L. 71. pr. L. 73. h. t.—L. 29. pr. depos. (16. 3.). — L. 22. §. 7. mand. (17. 1.). — L. 1. §. 22. L. 2. §. 1. de tut. et rat. distr. (27. 3.). — L. 25. de donat. (39. 5.). — L. 3. §. 18. de acquir. vel om. poss. (41. 2.). — L. 3. C. h. t. Ved.—*Theophil.* ad §. 1. Inst. h. t. Impropriamente si è voluto vedere in questi casi un furto di possesso, considerando come ladro di possesso colui il quale cambia il suo possesso agl'interdetti in un possesso *ad usucapionem corpore et animo*, giacchè in questo caso non potremmo avere mai un possesso ad *usucapionem*. — *Ved. Buchols*, diss. civ. p. 323. — *Marezoll*, Arch. di prat. civ. VIII. 284. Ora chi non scorge esservi in questo caso lo scopo di-

c) quando qualcuno fraudolosamente si appropria delle cose perdute o gittate per necessità (c);

d) quando qualcuno si riceve un indebito;

e) quando qualcuno *mala fide* aliena cose altrui (d);

f) finalmente quando si lacera un documento di obbligazione per togliere al creditore la pruova del suo diritto (e).

2) Un furtum *rei alienae* avviene pure se qualcuno si appropria di una cosa altrui nello scopo di farne un uso illecito, come quando qualcuno abbia diritto di usare fino ad un certo punto la cosa altrui e ne abusa; se per esempio il depositario o il creditore pignoratario usano della cosa fuori dei limiti stabiliti nel contratto (f). Questa specie di furto è detto *furto di uso*.

3) In certo modo anche il proprietario potrà commettere un furto sulla propria cosa, p. e. quando il debitore pignoratizio sottrae la propria cosa impegnata dal possesso del creditore pignoratario, ovvero aliena la cosa medesima senza l'assenso del creditore, ovvero quando il proprietario si appropria in suo vantaggio la cosa data in usufrutto (g).

Se qualcuno in seguito ad un diritto di obbligazione ha la detenzione della cosa, allora il proprietario può commettere un furto sulla propria cosa, quando il possessore potrà usare del dritto di ritenzione (h). Dal per-

retto alla proprietà come nel primo? nè crediamo che Paolo nella sua definizione nella L. 1. §. 3. abbia voluto intendere un caso differente del furto di proprietà.

(c) L. 43. §. 4-11. h. t. *Ulp.* Qui alienum quid iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit, cuius sit, sive ignoravit; nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cuius sit, ignoret. Quodsi dominus id dereliquit, furtum non fit eius, etiam si ego furandi animum habuero; nec enim furtum fit, nisi sit, cui fiat; in proposito autem nulli fit, quippe quum placeat Sabini et Cassii sententia existimantium, statim nostram esse desinere rem, quam derelinquimus. Sed et si non fuit derelictum, putavit tamen derelictum, furti non tenetur. Sed si neque fuit, neque putavit, iacens tamen tulit, non ut lucretur, sed redditurus ei, cuius fuit, non tenetur furti. Si iactum ex nave factum alius tulerit, an furti teneatur? Quaestio in eo est, an pro derelicto habitum sit. Et si quidem derelinquentis animo iactavit, quod plerumque credendum est, quum sciat periturum, qui invenit, suum fecit, nec furti tenetur. Si vero non hoc animo, sed hoc, ut si salvum fuerit, haberet, ei, qui invenit, auferendum est; et si scit hoc, qui invenit, et animo furandi tenet, furti tenetur. Enimvero si hoc animo, ut salvum faceret domino, furti non tenetur; quodsi putans simpliciter iactatum, furti similiter non tenetur.. — L. 9. §. 8. L. 31. §. 1. L. 44. de acquir. rer. dom. (41. 1.). §. ult. Inst. de rer. divis. (2. 1.).

(d) §. 3. Inst. de usucap. (2. 6.). — L. 16. C. h. t.

(e) L. 27. §. ult. L. 28-32. 52. §. 23. h. t.—L. 41.—§. 1. ad L. Aquil. (9. 2.).

(f) §. 6. Inst. h. t.—L. 40. 48. §. 4. L. 54. pr. §. 1. L. 76. pr. L. 82. pr. h. t. *Paul.* Fullo et sarcinator, qui polienda vel sarcienda vestimenta accepit, si forte his utatur, ex contrectatione eorum furtum fecisse videtur, quia non in eam causam ab eo videntur accepta.—L. 5. §. 8. commod. (13. 6.). — L. 16. de condict. furt. (13. 1.).

(g) §. 14. Inst. h. t. L. 16. de pign. act. (13. 7.).—L. 15. §. 1. L. 19. §. 5. L. 20. pr. §. 1. h. t. *Paul.* Dominus, qui rem surripuit, in qua ususfructus alienus est, furti usufructuario tenetur.

(h) L. 15. §. 2. L. 59. h. t. *Paul.* Sed eum, qui tibi commodaverit, si eam rem surripiat,

chè in tutti questi casi lo scopo di colui il quale si rende colpevole di furto non è certamente quello di appropriarsi la totalità della cosa, essendo egli stesso il proprietario, ma solamente il vantaggio del possesso, può dirsi esser questo il vero *furtum possessionis* (i).

Il furto dicesi manifesto o non manifesto, secondochè il ladro viene ad essere scoperto o no prima che porti via le cose.

II. A causa di questo delitto nascono due azioni *l'actio furti* e la *condictio s. ex causa furtiva;*

1) *L'actio furti* è un'azione *ex delicto poenalis*, spetta a coloro tutti che furono pregiudicati dal furto contro il ladro ed i suoi complici in *solidum* (k). Essa è diretta alla pena privata, ossia al doppio della cosa rubata in caso che il furto non fu manifesto, e al quatruplo in caso di furto manifesto secondo il valore delle cose nel tempo che furono rubate; anzi se in seguito il valore della cose fu aumentato, l'azione medesima va al risarcimento del doppio e del quadruplo del danno (l). Essendo essa un'azione penale non si trasmette agli eredi (m), ma ciò non pertanto è un'*actio perpetua* (n).

2) La *condictio furtiva* è un'azione data a causa del furto, ma non è un'*actio ex delicto;* essa spetta solo al proprietario della cosa; ad altre persone, come al creditore pignoratario, si dà una *condictio incerti* (o).

Nasce dal carattere stesso di questa azione ch'essa è diretta non solo contro il ladro, ma ancora contro gli eredi i quali saranno obbligati nondimeno solo in quanto l'eredità si arricchi (§. 86.); se vi sono molti che

non teneri furti placuisse, Pomponius scripsit, quoniam nihil tua interesset, utpote quum nec commodati tenearis; ergo si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem eius babueris, etiam cum ipso domino, si eam surripiat, babebis furti actionem, quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit. — Confr. L. 20. §. 1. L. 53. §. 4. h. t.

(i) Ved. *Vangerow*, §. 6. 79. pag. 593.

(k) L. 14. §. 16. b. t. *Ulp.* Qualis ergo furti actio detur ei, cui res commodata est, quaesitum est. Et puto omnibus, quorum periculo res alienae sunt, veluti commodati, item locati pignorisve accepti, si hae surreptae sint, omnibus furti actiones competere; condictio autem ei demum competit, qui dominium habet. — L. 53. §. 2. de V. S. L. 1. C. h. t.—L. 55. §. 1. de adm. tut. (26. 71.).

(l) §. 5. Inst. h. t. L. 50. pr. b. t. *Ulp.* In furti actione non quod interest quadruplabitur, vel duplabitur, sed rei verum pretium. Sed et si res rebus humanis esse desierit, quum iudicatur, nihilominus condemnatio facienda est. Idemque etsi nunc deterior sit, aestimatione relata in id tempus, et quo furtum factum est; quodsi pretiosior facta sit, eius duplum, quanti tunc, quum pretiosior facta sit, fuerit, aestimabitur, quia et tunc furtum eius factum esse verius est. — Confr. L. 27. pr. b. t.

(m) L. 1. de priv. dict. (47. 1.).

(n) Pr. Inst. de per. et temp. act. (4. 12.).

(o) L. 1. de cond. furt. (13. 1.). *Ulp.* In furtiva re soli domino condictio competit.—L. 12. §. 2. eod. L. 22. pr. de pign. act. (13. 7.).

hanno commesso un furto, tutti saranno tenuti *in solidum*, ma in modo che il pagamento avvenuto da parte di un solo, libera gli altri (p).

Quest'azione è diretta alla restituzione della cosa o del massimo prezzo di stima, se la restituzione per colpa o anche per semplice caso non è più possibile (q). Non venendo l'azione medesima *ex maleficio* si hanno le seguenti conseguenze:

Quando il furto fu commesso da un *homo alieni iuris*, si può adoperare la *condictio furtiva* contro il padre o il padrone fino al montare del peculio (r). Quando il furto fu commesso da uno schiavo, se questi è manomesso, non gli si potrà muover contro la *condictio furtiva* (s).

3) Quando uno schiavo ha rubato le cose del padrone, nasce da questo fatto una obbligazione naturale, secondo la quale si diminuisce il peculio (t); poichè tra padrone e schiavo è impossibile un'obbligazione *ex maleficio*.

§. 394.

2) Della rapina.

T. Inst. de vi bonorum raptorum (4. 2.). — D. vi bonorum raptorum et de turba (47. 8.). — C. vi bonorum raptorum (9. 35.). — *Breitenbach*, il delitto della rapina secondo il diritto romano, Monaco 1839.

Una specie di furto qualificato è la rapina, la quale consiste in un furto commesso con l'intenzione *lucri faciendi*, e con violenza: però la rapina non si estende all'uso o al possesso, ma si limita alle cose mobili (a). Per la qualcosa la rapina differisce dal furto in rapporto all'obbietto, estendendosi questo anche all'uso ed al possesso, e in rapporto al carattere, in quantochè il furto suppone la frode, e la rapina la violenza contro la cosa e contro la persona (b).

(p) L. 1. C. h. t.

(q) L. 7. §. 1. L. 8. de cond. furt. (13. 1.). *Ulp.* Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam; ea res facit, ut neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem consumatur. Is itaque, cui furtum factum est, habet actionem furti, et condictionem et vindicationem; habet et ad exhibendum actionem.

(r) L. 4. 19. h. t. (13. 1.). *Ulp.* Si servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino id, quod ad eum pervenit; in residuum noxae servum dominus dedere potes. — L. 3. §. 12. de pecul. (15. 1.). — L. 30. pr. de act. emt. vend. (19. 1.).

(s) L. 15. pr. h. t. (13. 1.).

(t) L. 30. de act. emt. vend. (19. 1.).

(a) Pr. §. 2. Inst. h. t. — L. 2. §. 22. 23. h. t.

(b) L. 2. pr. §. 1. h. t. *Ulp.* Praetor ait: *Si cui dolo malo, hominibus coactis damni quid factum esse dicatur, sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, iudicium dabo. Item si servus fecisse dicetur, in dominum iudicium noxale dabo.* Hoc Edicto con-

Essendovi nella rapina in fondo il medesimo concetto del furto, sono anche per questo determinate le stesse azioni; cioè l'*actio vendicatoria* o la *condictio furtiva* per il proprietario, l'*actio furtiva* per tutti coloro che vi avessero interesse (c).

Ma come è anche un delitto che si distingue dal furto, il Pretore diede un'altra azione appellata *actio vi bonorum raptorum*, la quale tra un anno è diretta al quadruplo, dopo l'anno alla semplice cosa; essa è un'azione mista, poichè diretta al quadruplo tre quarti formano la pena, un quarto corrisponde alla *persecutio* della cosa (d). Quest'azione concorre elettivamente con l'*actio furti* diretta per il quatruplo *(manifesti)*, sicchè promossa una volta è esclusa l'*actio vi bon. rapt.*, se poi l'azione di furto è diretta pel doppio *(nec manifesti)* già ottenuto, si potrà promuovere anche l'*actio vi bon. rapt.* per l'altro doppio (e).

B. Dei danni.

1) Danni prodotti dagli uomini.

§. 395.

a) Damnum iniuria datum.

T. Inst. de lege Aquilia (4. 3.). — D. ad legem Aquiliam (9. 2.). — C. de lege Aquilia (3. 35.).

Le norme giuridiche per il *damnum iniuria datum* sono contenute nella legge Aquilia, un plebiscito dell'ann. 467. circa di R., con le interpretazioni fattevi poscia dai giureconsulti romani.

La legge Aquilia conteneva tre capitoli, ma il secondo era già caduto in disuso al tempo dei giuristi (a).

Nel primo capitolo era stabilito, che colui il quale uccideva uno schia-

tra ea, quae vi committuntur consuluit Praetor; nam si quis se vim passum docere possit, publico iudicio de vi potest experiri, neque debet publico iudicio privata actione praeiudicari, quidam putant. Sed utilius visum est, quamvis praeiudicium legi Iuliae de vi privata fiat, nihilominus tamen non esse denegandam actionem eligentibus privatam persecutionem. — L. 3. §. 6. de incend. (47. 9.). — L. 52. de furtis (47. 2.).

(c) L. 1. L. 2. §. 26. h. t. *Paul.* Qui rem rapuit, et furti nec manifesti tenetur in duplum et vi bonorum raptorum in quadruplum; sed si ante actum sit vi bonorum raptorum, deneganda est furti; si ante furti actum est, non est illa deneganda, ut tamen id, quod amplius in ea est, consequatur. — L. 80. §. 3. de furtis (47. 2.). — L. 10. §. 1. de cond. furt. (13. 1.).

(d) Pr. Inst. h. t.

(e) L. 88. de furtis (47. 2.). — Confr. L. 1. h. t. — Ved. not. (b).

(a) L. 27. §. 4. h. t. — §. 12. Inst. h. t.

vo altrui o un animale appartenente all'altrui greggia (*pecudes*), dovea essere obbligato al prezzo maggiore che lo schiavo o l'animale aveva nell'ultimo anno (b).

Nel terzo capitolo era stabilito, che chiunque, oltre l'uccisione dello schiavo o dell'animale, avesse danneggiato una cosa altrui col bruciarla, romperla, era obbligato all'*id quod interest* secondo il valore dell'oggetto negli ultimi trenta giorni (c). Il concetto ristretto della legge Aquilia, che stabiliva pene per colui che *ruperit*, fu allargato per interpretazione de' giureconsulti romani, che intesero la parola *ruperit* per *corruperit*, e così si stabilì la massima che qualunque danno apportato da un corpo ad un altro corpo *(damnum corpore corpori datum)* fosse compreso nella legge Aquilia; più per interpretazione di Servio fu stabilito che le conseguenze di questa legge Aquilia nell'ultimo capitolo si dovessero equiparare al primo, ossia accettare essere colui che produceva il danno obbligato non a *quanti ea res erit*, ma al massimo valore della cosa danneggiata negli ultimi trenta giorni (d). Per la qual cosa il *damnum iniuria datum* secondo il concetto della legge Aquilia consiste in un danno qualunque prodotto da un uomo libero ad una cosa altrui, fatto con un'azione positiva sulla sostanza della cosa medesima. Per aver adunque il concetto di questo danno conviene:

1) che sia prodotto ingiustamente e non a causa dell'esercizio del proprio diritto (e);

2) che sia cagionato da un uomo libero, ed in ciò si distingue questo danno da quello prodotto dagli animali e dagli schiavi;

3) che il danno possa venir imputato a chi lo commise, e però su questo punto si osserveranno le regole del dolo e della colpa;

4) finalmente che sia *corpore corpori datum*. Senonchè il concetto della legge Aquilia fu ancora esteso in modo, che vi furono compresi anche quei danni, non prodotti veramente per distruggere e corrompere la cosa altrui; i casi sono i seguenti:

a) quando qualcuno senza intenzione di fare un lucro priva altrui di

(b) L. 2. §. 2. L. 21. pr. §. 1. L. 23. §. 2. ss. L. 51. §. 7. L. 55. h. t.—Pr. §. 1. 9. Inst. h. t. Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam; cuius primo capite cantum est, ut, si quis alienum servum, alienamve quadrupedem, quae pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur. — §. 19. Inst. de act. (4. 6.).

(c) L. 27. §. 5. h. t.

(d) L. 27. §. 13. 29. §. 8. h. t. *Ulp.* Haec verba: *quanti in triginta diebus proximis fuit*, etsi non habent: *plurimi*, sic tamen esse accipienda constat.—§. 15. Inst. h. t.—*Gai*. Inst. III. 217. 218.

(e) §. 2. Inst. h. t. Iniuria autem occidere intelligitur, qui nullo iure occidit. Itaque latronem qui occidit, non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest.— L. 151. de R. I. (50. 17.).

una cosa, quando p. e. getta in mare cose altrui, o procura la fuga ad uno schiavo o ad un animale (f);

b) quando qualcuno senza far danno alla sostanza diminuisce il valore della cosa altrui in guisa che sia difficile o impossibile a ristabilirlo (g);

c) chi consuma una cosa altrui, per altro destinata ad essere consumata, non commette un danno *iniuria datum*, pure contro lui può essere esercitata l'*actio utilis legis Aquiliae* (h).

Oltre a questi danni che possono essere compresi nel *damnum iniuria datum*, si potrà comprendervi ancora quello prodotto contro alle altrui forze corporali, in questa guisa: se colui il quale fu danneggiato nel proprio corpo è un *homo sui iuris*, l'*actio legis Aquiliae* sarà concessa a lui stesso, se poi è un *homo alieni iuris*, essa sarà concessa al *paterfamilias* (i).

II. L'azione nascente dal *damnum iniuria datum* è l'*actio legis Aquiliae* che spetta direttamente al proprietario (k), ed utilmente in forma di *actio in factum* al possessore di buona fede (l); a coloro che hanno sulla cosa un diritto reale, come l'usufruttuario (m), l'usuario (n), il creditore pignoratario (o); per questo ultimo è stabilito che l'interesse che egli chiede per mezzo di questa azione dev'essere imputato nel credito, per conseguenza l'azione è esercitata in vantaggio del debitore. Tutte queste ultime persone possono sperimentare l'azione contro lo stesso proprietario (p).

L'azione medesima va contro colui che produsse il danno; è diretta,

(f) §. ult. Inst. h. t. L.—27. §. 21. h. t. *Ulp.* Si quis de manu mihi nummos excusserit, Sabinus existimat, damni iniuriae esse actionem, si ita perierint, ne ad aliquem pervenirent; puta si in flumen, vel in mare, vel in cloacam ceciderunt; quodsi ad aliquem pervenerunt ope consilio, furtum factum agendum; quod et antiquis placuit. Idem, etiam in factum dari posse actionem, ait. — L. 7. §. 7. de dolo malo (4. 3.). — L. 14. pr. §. 2. de praescr. verb. (19. 5.). — L. 55. de acquir. rer. dom. (41. 1.). — L. 50. §. 40. de furtis (47. 2.).

(g) L. 27. §. 14. 20. h. t. *Ulp.* Item si quis frumento arenam vel aliud quid immiscuit, ut difficilis separatio sit, quasi de corrupto agi poterit.

(h) L. 30. §. 2. h. t. *Paul.* Si quis alienum vinum vel frumentum consumserit, non videtur damnum iniuria dare; ideoque utilis danda est actio.

(i) L. 5. §. ult. L. 6. 7. pr. L. 13. pr. h. t.

(k) L. 27. §. 4. 5. h. t.—confr. L. 11. §. 6. L. 13. pr. L. 43. h. t. *Ulp.* Legis autem Aquiliae actio hero competit, hoc est domino.

(l) L. 11. §. 8. L. 17. pr. h. t. *Ulp.* Sed si servus bona fide alicui serviat an ei competit Aquiliae actio? Et magis in factum actio erit danda.

(m) L. 11. §. 10. L. 12. h. t. *Ulp.* An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Iulianus tractat; et ego puto melius, utile iudicium ex hac causa dandum.—L. 17. §. 3. de usufr. (7. 1.).

(n) L. 11. §. 10. h. t. — Ved. not. prec.

(o) L. 17. pr. L. 30. h. t. *Ulp.* Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori, vel ei, qui pignori accepit, in factum actione tenebitur.

(p) L. 12. 17. pr. h. t. — Ved. not. prec.

prodotta per i casi originarii della legge Aquilia, è *utilis* o *in factum* a causa dei danni compresi nella legge Aquilia per via d'interpretazione.

Gli effetti di questa azione tanto nell'una forma quanto nell'altra sono i medesimi; cioè il pieno risarcimento del danno, la *aestimatio* è secondo il massimo valore nel primo e terzo capo della legge Aquilia, ed in caso che il convenuto nega falsamente di aver commesso il danno, sarà tenuto per il doppio (q). Per quest' ultimo effetto può considerarsi come penale. Se l'azione fu promossa per ferite apportate ad un uomo libero, essa sarà diretta solamente per le spese di malattia, e per il danno avvenuto, in quanto che il ferito non ha potuto o non potrà lavorare (r).

ANNOTAZIONE

Non è senza interesse prendere in esame la questione: quale influenza potesse avere un vincolo di obbligazione sulla legge Aquilia.

In generale si potrà asserire che una relazione di obbligazione non escluda l'*actio legis Aquiliae*; quando un comodatario, depositario, conduttore ecc. deteriorano o annullano le cose comodate, depositate, o condotte, il danneggiato ha la scelta di servirsi dell'azione del contratto, o esperimentare l'*actio legis Aquiliae*; in maniera che non v'è *consumtio* processuale di una di essa, se non quando per mezzo dell' altra il danneggiato ha ricevuto già il risarcimento sperato (s). Da ciò segue, che quantunque l'attore sia stato soddisfatto in forza dell'azione del contratto secondo la legge Aquilia, può avere a causa del carattere della *aestimatio* un vantaggio migliore, conseguendo quel dippiù per l'altra azione (t).

Ma il più difficile in questa teoria, e quello che forma poi il vero terreno della controversia, è di stabilire, se l'*actio legis Aquiliae* modifichi anche le relazioni di obbligazione, p.e.se è originata da colpa lieve, avrà luogo anche quando i contraenti in forza del contratto non sono tenuti che di dolo e colpa lata? e perciò sarà essa fondata contro il depositario, il quale deteriora o fa perdere le cose depositate *culpa levi*? L'antica comune opinione seguita da qualche giureconsulto moderno risponde negativamente (u); ovechè è odierna opinione l'affermazione della questione (w), ed in verità

(q) Ved. §. 7. Inst. de obl. quae quas, ex del. (3. 27.).—§. 26. Inst. de act. (4. 6.).—L. 2. §. 1. h. t. *Gai.* Et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset.— L. 4. 5. C. h. t.

(r) L. 7. de his qui eff. (19. 3.).

(s) L. 18. §. 1. commod. (13. 6.). — L. 7. §. 8. L. 18. 27. §. 11. 34. 35. L. 42. h. t. *Ulp.* Proculus ait, quum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato, vel ex lege Aquilia teneri, ita ut colonus possit servos noxae dedere; et si uno iudicio res esset iudicata altero amplius non agendum. Sed haec ita, si culpa colonus careret, ceterum si noxios servos habuit, et damni eum iniuria teneri, cur tales habuerit. Idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit; quae sententia habet rationem. — L. 47. §. 1. 50. pro socio (17. 2.). — L. 25. §. 5. L. 30. §. 2. L. 43. locat. (19. 2.). — Confr. L. 36. §. 2. de her. pet. (5. 3.). — L. 13. de rei vind. (6. 1.).

(t) L. 7. §. 1. commod. (13. 6.). — L. 34. §. 2. de O. et A. (44. 7.).

(u) Ved. *Thibaut*, cit. §. 623. — *Haenel*, Indennizzo §. 35.

(w) Ved. *Schweppe*, §. 551.—*Mühlenbruch*, §. 353.—*Wening*, §. 330.—*Göschen*, §. 592.

con più ragione. Pur non pertanto ad una tale asserzione bisogna far precedere qualche riflessione.

Il motivo che fonda l'*actio legis Aquiliae* è il *damnum iniuria datum*, il quale certamente suppone la colpa ; per la qual cosa essa sarà sempre fondata ogni volta che, indipendentemente dalla relazione giuridica, vi esiste la colpa; questo è precisamente il nodo della questione, poichè non riesce sempre facile lo stabilire la colpa. In fatti spesse fiate un'azione è pienamente giustificata da un vincolo obbligatorio, la quale sarebbe colposa se un tale rapporto non vi fosse; chi volesse negare in questi casi l'*actio legis Aquiliae*, può aver ragione. Dato il caso che qualcuno avendo preso a nolo un animale ne usa secondo i termini del contratto, l'animale troppo debole ne riceve danno, l'azione della legge Aquilia non potrà aver luogo, ovechè sarebbe pienamente fondata se non vi fosse il contratto di locazione (v).

Diverso è il caso quando esiste una colpa, non giustificata dal rapporto obbligatorio; allora la mentovata questione dev' essere necessariamente affermata, e ammessa per conseguenza l'*actio legis Aquiliae* anche per quella colpa, per la quale non si sarebbe tenuto per contratto. E di vero qualcuno in forza di un rapporto obbligatorio deve solo rispondere di dolo e di colpa lata, questo riguarda solamente gli obblighi assunti in forza del contratto, pel resto egli rispetto alla stessa cosa sta come qualunque altro terzo non legato in obbligazione, ossia sotto le determinazioni della legge Aquilia per deteriorazione, annullamento dell' oggetto avvenuto per qualunque colpa, per colpa Aquiliana la quale non ammette gradizioni. Chi nega l'azione in simile caso si sostiene con la nota massima: *qui iure suo utitur, neminem ledit*, con la quale massima intenderebbe che quando qualcuno in una relazione obbligatoria ha prestato la diligenza chiesta dal contratto, egli opera nella sfera del diritto; e nel medesimo tempo afferma quest'altro principio: che tutto ciò che non sia vietato dalla leggo del contratto, deve essere in generale permesso, il che non debbesi affermare assolutamente. Il principio sarebbe giusto se si enunciasse piuttosto in questa guisa: che dev'esser solo permesso ciò che si è stabilito per contratto; se p. e. in un deposito il contraente è solamente tenuto di dolo e colpa lata, ciò significa che la *culpa levis* non è compresa nella legge del contratto, e per essa egli avrà il diritto di non essere convenuto; ma non deve nel medesimo tempo comprendersi che egli sia nel diritto di commettere la benchè minima colpa, e non potesse per altra via esser tenuto a risarcirla, ossia per mezzo dell'*actio legis Aquiliae*. Nelle leggi anteriormente citate potrassi vedere un argomento della nostra opinione; imperocchè non essendo dato nessun requisito speciale per fondare quest'azione, si conchiude, che sarà applicabile, dato che in generale vi fosse la colpa senza gradizione di sorta.

Non mancano speciali determinazioni della legge: così trattandosi di una causa liberale, vengono considerati anche quei danni, che colui, il quale fino a quel tempo servì da schiavo, avesse fatto al suo putativo padrone; ma ciò quando i danni medesimi furono fatti per dolo o colpa lata, ma non per *levis culpa*, mentre per questa indipendentemente dall'altra azione, era concessa l'*actio legis Aquiliae* (x).

(v) L. 27. §. 23. L. 30. §. 2. locati (19. 2.). — Confr. L. 27. §. 9. h. t.

(x) L. 13. pr. de lib. caus. (40. 12.).—confr. L. 1. §. 2. si bis. qui testam. libr. ess. ius. erit. (47. 4.). L. 5. §. ult. h. t. — Ved. *Vangerow*, §. 681.

§. 396.

b) Di alcune specie di danni.

Altre azioni sono determinate per molti danni speciali:

1) *Damnum coactis hominibus, et turba datum.* Quando si è prodotto un danno o si sono rapite cose altrui da una quantità di uomini radunati a commettere un delitto, è concessa al danneggiato, sia contro colui che radunava tanti uomini, sia contro coloro che ne facevano parte, o che furono radunati, un' azione diretta al quadruplo durante l'anno (a). Quando in un tumulto furono danneggiate o distrutte cose altrui, è fondata un'*actio in factum* diretta al doppio *intra annum*, al semplice risarcimento *post annum*; essa può essere promossa contro colui il quale commise il danno, contro qualunque facesse parte e contro l'*auctor* della *turba*. È turba un tumulto di 10 uomini (b).

2) Quando qualcuno in occasione di un incendio, di un naufragio ha commesso un danno o un furto, pel danneggiato si origina un'*actio in factum* per conseguire il quadruplo *intra annum*, dopo un anno il puro risarcimento (c).

(a) L. 2. pr. §. 2-9. 12. 13. vi bon. rapt. (47. 8.). *Ulp.* Dolo autem malo facere potest, quod Edictum ait, non tantum is, qui rapit, sed et qui praecedente consilio ad hoc ipsum homines colligit armatos, ut damnum det, bonave rapiat. Sive igitur ipse quis cogat homines, sive ab alio coactis utitur ad rapiendum, dolo malo facere videtur. Homines coactos accipere debemus ad hoc coactos, ut damnum daretur. Neque additur, quales homines, qualescunque, sive liberos, sive servos. Sed et si unus homo coactus sit, adhuc dicemus homines coactos. Item si proponas solum damnum dedisse, non puto deficere verba; haec enim, quod ait, *hominibus coactis*, ut sive solus vim fecerit, sive etiam hominibus coactis, sic accipere debemus: etiam hominibus coactis, vel armatis, vel inermibus, hoc Edicto tenеatur. Doli mali mentio hic et vim in se habet; nam qui vim facit, dolo malo fecit; non tamen qui dolo malo fecit, utique et vi facit; ita dolus habet in se et vim; et sine vi si quid callide admissum est, aeque continebitur. Si quis non homines ipse coegerit, sed inter coactos ipse fuerit, et quid aut rapuerit, aut damni dederit, hac actione tenetur. Sed utrum hoc solum contineat Edictum, quod dolo malo hominibus a reo coactis damnum datum sit, vel raptum, an vero quod dolo malo rei raptum, vel damnum datum sit, licet ab alio homines sint coacti, quaeritur. Et melius esse dicitur, etiam hoc contineri, ut omnia haec contineantur, et quod ex coactis ab alio damnum datum sit, ut et is, qui coegit, et si qui coactus est, contineri videatur. In hac actione intra annum utilem verum pretium rei quadruplatur, non etiam quod interest.

(b) L. 4. pr. §. 1. ss. eod. *Ulp.* Turbam autem ex quo numero admittimus? Si duo rixam commiserint, utique non accipiemus in turba id factum, quia duo turba non proprie dicentur; enimvero si plures fuerunt, decem, aut quindecim homines, turba dicetur. Quid ergo si tres, aut quatuor? Turba utique non erit; et rectissime Labeo inter turbam et rixam multum interesse ait, namque turbam multitudinis hominum esse turbationem et coetum, rixam etiam duorum.

(c) L. 1. pr. de incend. (47. 9.). — L. 18. C. de furtis (6. 2.).

3) Già dalle leggi delle XII. Tav. era stabilito che contro colui che tagliava alberi altrui, indipendentemente se li prendeva per sè o nò, nasceva l'*actio arborum furtim caesarum* diretta al doppio (d).

4) Quando per dolo si è violato un sepolcro, evvi contro l'*actio sepulcri violati*, diretta per una somma determinata dal giudice (e). Essa può essere promossa da colui che ha specialmente diritto a quel sepolcro violato; eventualmente può essere promossa da qualunque del popolo per 100 *aurei* e per 200 se la violazione avvenne per una casa o per altre opere muratorie fatte.

5) Quando da parte de'pubblicani si vollero esigere imposte non dovute, o fu commesso danno, tanto da uno di essi, quanto da qualcuno della loro gente, evvi un'*actio in factum* diretta al doppio in un anno, dopo al semplice indennizzo (f).

6) Finalmente contro coloro i quali vogliono estendere la via pubblica nel fondo altrui è data un'*actio viae receptae* diretta alla rifazione dei danni (g).

§. 397.

2) Danni prodotti da animali e dallo schiavo.

T. Inst. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur (4. 9.). — D. h. t. (9. 1.). — *Zimmern*, sistema delle azioni nossali romane. Heidelb. 1818.

Il danno può esser stato commesso da un animale, e bisogna osservare che:

1) Il danno cagionato da un animale va sottoposto alle regole generali della legge Aquilia, quando nel medesimo tempo può essere riputato proprietario (a).

2) Se un animale recò danno ad un uomo libero, ovvero alle cose altrui di proprio modo, ossia con un atto *contra naturam sui generis*, il danneggiato avrà un'azione, e propriamente l'*actio de pauperie*, diretta con-

(d) T. D. arbor. furt. caes. (47. 7.).

(e) T. D. de sepulcro violato (47. 12.).

(f) L. 1-6. de publ. (39. 4.). *Ulp.* Praetor ait: *quod publicanus eius publicani nomine vi ademerit, quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum, aut si post annum agetur, in simplum iudicium dabo. Item si damnum iniuria, furtumve factum esse dicetur, iudicium dabo. Si id, ad quos ea res pertinebit, non exhibebitur, in dominos sine noxae deditione iudicium dabo.*

(g) L. 3. pr. de via publ. (43. 11.). *Paul.* Si in agrum vicini viam publicam quis reiecerit, tantum in eum viae receptae actio dabitur, quanti eius interest, cuius fundo iniuria irrogata est.

(a) L. 1. §. 4-7. h. t. L. 52. §. 2. ad L. Aquil. (9. 2.). — L. 6. C. de L. Aqnil. (3. 35.).

tro ogni possessore dell' animale, onde quest'azione è un'*actio in rem scriptam* (b). Il risultato di questa azione è il risarcimento del danno, dal quale il convenuto si può liberare solamente con abbandonare al danneggiato lo stesso animale *(noxa)*, sicchè il risarcimento del danno è in *obligatione et in petitione*, la *noxae deditio* solamente in *solutione;* ma se il convenuto abbia contro il vero negato che l'animale fosse suo, sarà sempre condannato al pieno risarcimento del danno (c).

Quest'azione cessa se l'animale fece un danno secondo la sua natura; se avvenne per colpa del danneggiato, e se in fine l'animale morì prima della contestazione della lite (d); se al contrario esso fu ucciso da un terzo dopo la contestazione della lite, il convenuto è obbligato a prestare il prezzo di stima, o cedere all'attore l'*actio legis Aquiliae* contro il terzo (e).

3) Se all'incontro un animale recò danno alla proprietà altrui a cagione del pascolo, è concessa al danneggiato un'*actio de pastu*, la quale ha le medesime conseguenze della prima (f).

4) Finalmente quando pericolosi animali furono lasciati sulla publica via, e fu danneggiato perciò un uomo libero, è concesso dall'editto degli Edili un'azione contro il proprietario al risarcimento del danno in una *aestimatio arbitraria*; se un uomo fu ucciso, la pena privata è di 200 solidi, se furono danneggiate cose altrui, la condanna è al doppio del danno (g).

(b) L. 1. §. 3. 4. 7. 12. 13. 17. h. t. *Ulp.* Ait Praetor: *Pauperiem fecisse*; pauperies est damnum sine iniuria facientis datum, nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret. — Confr. L. 4. eod.

(c) Pr. Inst. h. t. Animalium nomine, quae ratione carent, si quidem lascivia aut fervore aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est; quae animalia si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex duodecim tabularum scripta est: ut puta sine equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit. Haec autem actio in iis, quae contra naturam moventur, locum habet; ceterum, si genitalis sit feritas, cessat. Denique si ursus fugit a domino, et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desiit dominus esse, ubi fera evasit. — L. 1. §. 15. h. t. L. 6. §. 1. de re iud. (42. 1.).

(d) L. 1. §. 10. 13. h. t.—pr. Inst. h. t. *Ulp.* In bestiis autem propter naturalem feritate haec actio locum non habet; et ideo si ursus fugit et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri, quia desiuit dominus esse, ubi fera evasit; et ideo et si eum occidi, meum corpus est . . . . . Plane si ante litem contestatam decesserit animal, extincta erit actio. — L. 203. de reg. iur. (50. 17.).

(e) L. 1. §. 16. h. t.

(f) L. 14. §. 3. de praescr. verb. (19. 5.).— Confr. L. 6. C. de leg. Aquil. (3. 35.).—*Paul.* sent. I. 15. §. 1.

(g) L. 40. §. 1. L. 41. 42. de aed. edit. (21. 1.). *Ulp.* Deinde aiunt Aediles: *ne quis canem, verrem, vel minorem aprum, lupum, ursum, pantheram, leonem.* *Paul.* Et generaliter: *aliudve, quod noceret, animal, sive soluta sint, sive alligata, ut contineri vinculis, quo minus damnum inferant, non possint.* *Ulp.* *Qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere, damnumve dare possit. Si adversus ea factum erit, et homo liber ex ea re perierit, solidi*

Il danno può essere commesso dallo schiavo, ma per un delitto dello schiavo si origina un'obbligazione contro lui stesso, la quale si poteva far valere civilmente soltanto dopo la sua manomissione. Ma durante la schiavitù, il padrone rappresenta lo schiavo, onde può essere convenuto *servi nomine;* l'azione è la *noxalis* (h).

L'azione era diretta contro l'attuale padrone dello schiavo (*noxa caput sequitur*), se questi non vuole sostenere le difese, lo schiavo è aggiudicato al danneggiato; se al contrario assume le difese, e lo schiavo si trova colpevole, la *condemnatio* dava la scelta al padrone o di prestare la stima nella lite, ovvero la *noxae deditio,* semprechè lo schiavo non morisse dopo la *litis contest.*, giacchè sarà in questo caso tenuto per l'*aestimatio* (i).

§. 398.

3) Del danno fatto dalle cose, e della cautio damni infecti in particolare.

T. D. de damno infecto (39. 2.).

Quando il danno alla nostra proprietà fu prodotto da una cosa altrui, noi non abbiamo azione per risarcimento, ma semplicemente un dritto di ritenzione; ma se alla nostra cosa sovrasta un danno imminente dal luogo o dall'edificio, o opera altrui, possiamo domandare in forza dell'editto pretorio una cauzione conosciuta col nome di *cautio damni infecti*, per mezzo della quale puossi poi ottenere un'azione ai danni ed interessi in caso che il temuto pericolo si avvera (a).

ducenti, si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum iudici videbitur, condemnetur; ceterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli.

(h) *Gai.* Inst. IV. 75. 78. 81.—Ved. T. Inst. de noxal. act. (4. 8.). — D. h. t. (9. 4.). — C. h. t. (3. 41.).

(i) Pr. §. 2. Inst. de noxal. act. (4. 8.).—Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerit, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, quibus domino damnato permittitur aut litis aestimationem sufferra, aut hominem noxae dedere. Noxa autem est corpus, quod nocuit, id est servus; noxia ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, iniuria. Summa autem ratione permissum est noxae deditione defungi; namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse. Dominus, noxali iudicio servi sui nomine conventus, servum actori noxae dedendo liberatur: nec minus in perpetuum eius dominium a domino transfertur; sin autem damnum ei, cui deditus est, resarcierit quaesita pecunia, auxilio praetoris invito domino manumittetur.— L. 3. 9. §. 4. L. 42. §. 1. de noxal. act. (9. 4.). — *Gai.* Inst. IV. 76. 77. 85.

(a) L. 2. 7. pr. §. 1. h. t. *Ulp.* Hoc Edictum prospicit damno nondum facto, quum ceterae actiones ad damna, quae contigerunt, sarcienda pertineant, ut in legis Aquiliae actione, et aliis; de damno vero facto nihil Edicto cavetur; quum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea, quae anima carent, ultra nos non debent onerare, praesertim quum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae extent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint extare.—L. 30. h. t.

1) La *cautio damni infecti* può esser chiesta per qualunque danno che si possa tenere dal vizio inerente all'altrui fondo, cioè *per vitium aedium, loci, operis, arborum;* soltantochè è da osservare che allora si potrà chiedere la cauzione per *vitium loci* quando il vizio è estrinseco al fondo stesso o non naturale, come per opere fatte o per altro accidente (b).

2) Potrà chiedere la cauzione non solo il proprietario della cosa che può essere danneggiata, ma chiunque potesse avere sulla medesima un dritto reale o anche personale (c), eccetto chi non ha che la facoltà di esercitare sulla cosa una qualche azione (d). In generale coloro i quali han dritto di chiedere la *cautio damni infecti* devono mostrare la loro relazione con la cosa e nel medesimo tempo giurare, che ciò non viene da essi chiesto per calunnia (e).

3) La cauzione si può chiedere tanto al proprietario che a coloro che esercitano un dritto sulla cosa che minaccia il danno, come l'usufruttuario, il superficiario, l'enfiteuta, il creditore pignoratario, ed anche il possessore di buona fede (f). Se al contrario la cauzione si domanda per uno

(b) L. 24. pr. §. 2. 9. 12. h. t. *Ulp.* Sed ut ne quid aedium, loci operisve vitio damnum factum sit, stipulatio interponitur de eo sine satisdatione; quae non solum ad totas aedes, sed etiam ad partem aedium pertinet. Vitium autem aedium et loci esse Labeo ait, quod accidens extrinsecus infirmiores eas facit; denique nemo dixit, palustris loci vel arenosi nomine, quasi vitiosi, committi stipulationem, quia naturale vitium est; et ideo nec ea stipulatio interponitur neque interposita committetur. Item apud Vivianum relatum est, si ex agro vicini arbores vi tempestatis confractae in meum agrum deciderint, eoque facto vitibus meis vel segetibus noceant, vel aedificia demoliantur, stipulationem istam, in qua haec comprehenduntur: si quid arborum locive vitio acciderit, non esse utilem, quia non arborum vitio, sed vi ventorum damnum mihi datum est. Plane si vetustate arborum hoc fiebat, possumus dicere, vitio arborum damnum mihi dari.

(c) L. 5. §. 2. L. 13. §. 5. 8. L. 11. L. 38. 39. §. 2. h. t. *Paul.* Si et dominus proprietatis, et fructuarius desideret sibi caveri damni infecti, uterque audiendus est; nec enim iniuriam sentiet promissor, non plus cuique praestiturus, quam quod eius intersit.

(d) L. 13. §. 4. h. t. *Ulp.* Ceterum neque ei, qui in meo deambulet, neque ei, qui in meo lavet, vel in mea taberna devertat, caveri debet.

(e) L. 7. pr. 13. §. 3. h. t. *Ulp.* Qui damni infecti caveri sibi postulat, prius de calumnia iurare debet. Quisquis igitur iuraverit de calumnia, admittitur ad stipulationem; et non inquiretur, utrum intersit eius, an non, vicinas aedes habeat, an non habeat; totum tamen hoc iurisdictioni praetoriae subiiciendum, cui cavendum sit, cui non.

(f) L. 9. §. 4. 5. L. 11. 13. pr. L. 15. §. 25-27. L. 19. pr. 22. h. t. *Ulp.* Quaesitum est, si solum sit alterius, superficies alterius, superficiarius utrum repromittere damni infecti, an satisdare debeat. Et Iulianus scribit, quoties superficiaria insula vitiosa est, dominum et de soli, et de aedificii vitio repromittere, aut eum, ad quem superficies pertinet, de utroque satisdare; quodsi uterque cesset, vicinum in possessionem mittendum. Celsus certe scribit, si aedium tuarum usufructus Titiae est, damni infecti aut dominum repromittere, aut Titiam satisdare debere; quodsi in possessionem missus fuerit is, cui damni infecti cavendum fuit, Titiam uti frui prohibebit. Idem ait, eum quoque fructuarium, qui non reficit, a domino uti frui prohibendum; ergo et si de damno infecto non cavet, dominusque compulsus est repromittere, prohiberi debet frui.

opera da incominciarsi, essa può essere chiesta unicamente all'imprenditore dell'opera (g).

4)La cauzione può essere data o *nuda repromissione* ovvero *satisdatione*, mallevaria; colui il quale dà cauzione *suo nomine*, cioè il proprietario e il possessore di buona fede è obbligato solamente alla *repromissio*; gli altri devono dare una *satisdatio* (h). Se colui che dà cauzione dice di essere proprietario, mentre chi la chiede lo tiene per usufruttuario ecc., egli deve *satisdatio sub exceptione*, ossia vengono chiesti mallevadori, ma essi saranno obbligati s'egli non sia vero proprietario (i).

La cauzione non dev' essere a tempo indeterminato, ma colui che la presta ha diritto che il giudice dopo una preventiva *causae cognitio* le segnasse un termine: se per errore non fu apposto una *dies*, colui che presta cauzione dopo un certo determinato tempo, secondo gli usi locali, potrà esimersi dalla sua obbligazione; eccetto quando per comune consenso la cauzione fu data a tempo indeterminato (k). Per la costruzione fatta nel fiume e sulle rive è stabilito il tempo di 10 anni per editto pretorio (l).

II. Quando la cauzione fu debitamente chiesta e prestata, se segue il danno temuto è fondata un'azione al pieno risarcimento, la quale per avere il suo effetto conviene che vi fossero i seguenti requisiti:

1) Bisogna che il danno sia avvenuto veramente per vizio *aedium loci, vel operis;* per la qual cosa l'azione non avrà effetto quando il danno fosse prodotto da un accidente imprevisto, come un terremoto, uragano ecc.; però se un simile avvenimento fa vizioso un fondo minacciante il danno resterà *l'actio ex stipulatu* (m).

2) Il danno dev'essere avvenuto prima che decorre il tempo, al quale è circoscritta la cauzione, sebbene è sufficiente che il fatto, causa del danno, sia avvenuto in quel tempo, quand' anche il danno si manifestasse di poi (n):

(g) L. 20. 24. pr. L. 30. pr. h. t.

(h) L. 7. 13. pr. §. 1. h. t. — Ved. not. (f).

(i) L. 22. §. 1. h. t. *Paul.* Plautius: si ab eo, quem dominum esse negarem, vellem sub hac exceptione, *si dominus non esset*, satisdari, ab eo vero, quem dominum esse dicerem, pure repromitti, constitit, non debere me impetrare, sed debere me eligere, a quo velim mihi caveri.

(k) L. 4. pr. 7. pr. 13. §. ult. L. 14. 15. pr. §. 1. h. t. *Ulp.* Huic stipulationi debet dies esse insertus, intra quem, si quid damni contigerit, cautio locum habet; neque enim in infinitum obligatus esse debet stipulatione. Ipse igitur Praetor diem dabit stipulationi, aestimatione habita ex causa et ex qualitate eius damni, quod contingere speratur.

(l) L. 7. pr. L. 15. §. 2. 4. h. t. *Ulp.* Deinde ait Praetor: *De eo opere, quod in flumine publico ripave eius fiet, in annos decem satisdari iubero.* Hic igitur satisdatio, et tempus stipulationi praestituit idcirco, quia in publico fit; quum autem in alieno fiat satisdationem Praetor iniungit.

(m) L. 24. §. 3-11. L. 43. pr. h. t. — Ved. not. (b).

(n) L. 18. §. 11. h. t. *Paul.* Sabini sententia vera est, existimantis, ut, si, dum aedifica-

3) Il danno dev'essere stato arrecato propriamente al fondo pel quale fu domandata cauzione, che se p. e. qualcuno dopo di aver domandato cauzione per la propria casa, dopo acquista la casa vicina, la quale solo viene danneggiata, egli non potrà valersi in questo caso dell'*actio ex stipulatu* (o).

4) L'azione per stipulazione è diretta alla rifazione di ogni danno, sia questo un *damnun emergens*, o un semplice *lucrum cessans*, ed anche del danno sofferto prima per la tema che la casa non cadesse, come il non aver potuto locare appartamenti ecc. (p).

5) L'azione *ex stipulatu* si trasmette attivamente e passivamente agli eredi.

III. Quando la cauzione non fu prestata nel tempo determinato dal giudice, nel diritto antichissimo dal *Praetor peregrinus* era concessa un'*actio in factum*, per cui il convenuto veniva condannato in tanto per quanto era obbligato a prestare, se avesse dato cauzione (*Lex Rubria* cap. 20); e per mezzo dell'editto del Pretore urbano fu concesso all'interessato anche il possesso della cosa, *missio in possessionem*, e propriamente:

1) La *missio in possessionem ex primo decreto*, la quale aveva solo effetto di costringere l'obbligato a dar cauzione, sicchè non si ha un vero possesso per colui che ha diritto alla cauzione, nè si perde dall'altra parte (q); per la qual cosa il possesso è di nessun momento appena si presta cauzione e si rimborsano le spese occorse per la *missio in possessio-*

tur, intra diem stipnlatione comprehensum supra parietem meum domns deciderit, eumqne vitiaverit, licet post diem stipulationis paries decidat, possim agere, quia damnum iam tunc acceperim, quum paries vitiosns factus sit; nec qnidquam obstare, qnominus etiam, antequam decidat, agi possit; et si ita concussus sit paries, ut nulla ratione recipi possit, ideoque deponendus sit, non minoris litem aestimandam, quam si decidisset.

(o) L. 18. §. 5. 6. eod. *Paul.* Si is, qni unas aedes habebat, stipulatus fuerit, deinde vicinas comparaverit, an earum qnoqne nomine, quas post interpositam stipnlationem comparasset, promissorem obligaret, qnaesitum est. Iulianns scribit, videndnm, ne earum dnntaxat nomine cautum habeat, de qnibus inter enm et promissorem initio actnm fnerit. Cui conseqnens videri posse, nt et qnnm aedium commnninm nomine duo socii stipnlentur, de eo dnntaxat damno caveri videatur, quod in parte aedinm cnique socio datnm fuerit; sive ergo redemerit alteram partem qnis ex his, sive adiudicata fuerit, non augeri promissionis obligationem. Pomponius relata Iuliani scriptura dicit, non se improbare.

(p) L. 28. 29. 37. h. t. *Ulp.* In hac stipulatione venit, quanti ea res erit. Et ideo Cassius scribit, enm, qui damni infecti stipnlatns est, si propter metum ruinae ea aedificia, quornm nomine sibi cavit, fulsit, impensas eius rei ex stipulatn conseqni posse. Idemque iuris esse, qnum propter vitinm communis parietis, qui cavit sibi damni infecti onerum eorum relevandorum gratia, quae in parietem incumbunt, aedificia sua fnlsit. In eadem causa est detrimentnm qnoqne propter emigrationem inquilinornm, qnod ex insto metu factum est. Aristo autem non male adiicit, sicnti hic exigit Cassius, ut, si iustus metus migrandi causam praebnerit, ita in eius personam, qni fnlsit, eadem Cassinm dicere debuisse, si iusto metu ruinae fulcire coactus est.

(q) L. 15. §. 20. h. t.

nem (r). Comunemente si da il possesso su tutto il fondo viziato, ma può esser dato ancora sulla parte viziata se è un fondo rustico (s). Se più hanno diritto di chiedere cauzione, tutti potranno essere messi in possesso, e se uno lo conseguì prima, ciò non fa ostacolo per gli altri (t).

2) Se questa messa in possesso *primo decreto* è senza risultato, segue la *missio in possessionem ex secundo decreto;* ma è richiesto che dal primo al secondo passasse qualche tempo, di maniera che puossi dire essere stato il fondo che minacciava rovina abbandonato dal proprietario (u). Gli assenti e i minori possono liberarsi solamente con la *integrum restitutio* (w).

in forza del secondo decreto colui che aveva l' obbligo alla cauzione perde il diritto sulla cosa, il quale passa da quel momento a colui che la chiedeva. Però se il primo era proprietario perde in favore del secondo la proprietà (v), ovvero il possesso di buona fede, se il primo non avesse avuto che il semplice possesso *ad usucapionem* (x).

Acquistata la proprietà per secondo decreto si estingue anche l' usufrutto ed il diritto di pegno, essendo che l'usufruttuario era anche obbligato a dare cauzione (y). Quando il fondo minacciante rovina era in enfi-

(r) L. 15. §. 31. 32. 34. h. t. *Ulp.* Item videamus, si ei cautio offeratur, posteaquam missus est, an non prius decedere debeat, quam si ei caveatur etiam de eo damno, quod contigit, posteaquam missus est in possessionem. Quod quidem magis probatur; repetita igitur die promittendum erit; hoc amplius de impensis quoque, si quas fecerit, erit ei cavendum.

(s) L. 4. §. 1. L. 15. §. 11-14. h. t.

(t) L. 7. pr. fin. L. 15. §. 15. L. 40. h. t.

(u) L. 4. §. 4. L. 15. §. 21. h. t. *Ulp.* Non autem statim, ubi misit Praetor in possessionem, etiam possidere iubet, sed tunc demum, quum iusta causa videbitur. Ergo intervallum aliquod debebit intercedere, quod aut pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse, aut immisso in possessionem, et aliquamdiu immorato nemo caveat.

(w) L. 15. §. 22. L. 19. pr. h. t. *Ulp.* Si forte dominus reipublicae causa abest, aut ex alia iusta causa, aut in ea sit aetate, cui subveniri solet, probandum est, non debere Praetorem festinare ad decernendum, ut iubeat possidere. Sed etsi decreverit, nemo dubitat, in integrum restitutionem induiturum.

(v) L. 15. §. 16. 17. 33. h. t. *Ulp.* Iulianus scribit, eum, qui in possessionem damni infecti nomine mittitur, non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam secundo decreto a Praetore dominus constituatur. Si ante hoc decretum alius quoque in possessionem missus fuerit, aequaliter ambo aedium fiunt domini, scilicet quum iussi fuerint possidere. Si vero iam constituto domino eo, qui primus in possessionem missus est, Titius damni infecti sibi caveri desiderabit, cessante primo cavere, solus Titius erit in possessione. — L. 5. comm. div. (10. 3.). — L. 7. §. 9. eod. L. 7. §. 1. de fund. dot. (27. 9.).

(x) L. 5. pr. L. 12. 15. §. 16. 26. 27. L. 18. §. 15. h. t.—Ved. not. prec.—L. 3. §. 25. de acquir. poss. (41. 2.).

(y) L. 15. §. 25. h. t. *Ulp.* Item quaeritur in pignoraticio creditore, an pignoris persecutio denegetur adversus eum, qui iussus sit possidere. Et magis est, ut, si neque debitor repromisit, neque creditor satisdedit, pignoris persecutio denegetur; quod et in fructuario recte Celsus scribit.

teusi, bisogna distinguere a chi fu chiesta la cauzione se al proprietario o all'enfiteuta; nel primo caso passa col secondo decreto la proprietà, nel secondo il diritto di enfiteusi (z).

Se vi sono molti che hanno chiesto invano la cauzione, per tutti in forza del secondo decreto sorge un dominio a parti uguali (aa).

Si può chiedere il possesso con mezzi ordinarii, ma se s'incontra ostacolo, vien dato alternativamente un' *actio in factum*, la quale produce la condanna del convenuto in tanto per quanto egli era obbligato a prestare, ossia per il pieno risarcimento del danno (bb).

L'azione è perpetua e si trasmette agli eredi, ma essa non può essere promossa finchè il danno non sia veramente avvenuto, e fino a quel punto il convenuto potrà essere liberato con prestare cauzione o cedendo la cosa (cc).

IV. Colui che non domandò la *cautio damni infecti*, ovvero non ne sporse debitamente la domanda, non potrà avere mai un'azione per risarcimento quando, avvenuta la rovina della cosa vicina, fu danneggiato il fondo proprio, nè potrà costringere il proprietario della cosa rovinata a sbarazzarne i materiali caduti (dd). Questa regola ha pure le sue eccezioni.

1) Quando la rovina della cosa è avvenuta prima che si facesse pratica in giudizio per domandare la cauzione, se quest' indugio non fu negligenza, ma un motivo legale, il proprietario della cosa danneggiata non

(z) L. 15. §. 26. 27. h. t. *Ulp.* Si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus, nec iubendum possidere; nec enim dominium capere possidendo potest, sed decernendum, ut eodem iure esset, quo foret is, qui non caverat; post quod decretum vectigali actione uti poterit. Sed in vectigali praedio, si municipes non caveriut, dicendum est, dominium per longum tempus acquiri.

(aa) L. 15. §. 18. h. t. *Ulp.* Quum autem plures mittuntur in possessionem, aequaliter mittuntur, non pro rata damni, quod unumquemque contingeret; et merito, nam et quum unus mittitur, non pro portione damni mittitur, sed in totum; quum igitur plures mittuntur, aequaliter omnes quasi in totum missi concursu partes habebunt.

(bb) L. 7. pr. h. t. confr. — L. 4. §. 2. L. 15. §. 36. L. 16. 17. 18. §. 13-15. h. t. — L. 4. §. 2. ne vis fiat ei (43. 4.).

(cc) L. 26. h. t. *Ulp.* Proculus ait, quum quis iure quid in suo faceret, quamvis promisisset damni infecti vicino, non tamen eum teneri ea stipulatione; veluti si iuxta mea aedificia habeas aedificia, eaque iure tuo altius tollas, aut si in vicino tuo agro cuniculo vel fossa aquam meam avoces; quamvis enim et hic aquam mihi abducas, et illic luminibus officias, tamen ex ea stipulatione actionem mihi non competere, scilicet quia non debeat videri is damnum facere, qui eo veluti lucro, quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro, quod adhuc faciebat, uti prohibeatur; mihi videtur vera (esse) Proculi sententia.

(dd) L. 6. 44. pr. h. t. *African.* Quum postulassem, ut mihi damni infecti promitteres, noluisti; et priusquam Praetor adiretur, aedes tuae corruerunt, et damnum mihi dederunt; potius esse ait, ut nihil novi Praetor constituere debeat, et mea culpa damnum sim passus, qui tardius experiri coeperim. At si, quum Praetor, ut promitteres, decrevisset, et te non promittente ire me in possessionem iussisset, et priusquam eo venissem, corruerunt, perinde omnia servanda esse existimavit, atque si posteaquam in possessionem venissem, damnum datum esset.

solo ha diritto di ritenere i materiali caduti ed un'azione per sbarazzare il luogo dai medesimi, ma gli si concede la cauzione *de damno praeterito* o di costringere l'altro all'abbandono della cosa (ee).

2) Quando furono fatte già le pratiche giudiziarie per la cauzione, ma prima di essere compiute avvenga il danno, non si avrà diritto di essere immesso nel possesso, ma il giudice può obbligare il convenuto alla *cautio de damno praeterito*, o concedere al danneggiato un'*actio in factum* per risarcimento (ff); anche in questo caso il convenuto può liberarsi con l'abbandono della cosa.

3) Quando dopo fatte le pratiche opportune, e conseguito il possesso, ma prima della *apprehensio*, ruina la casa; si reputerà come se fosse l'avente diritto già messo nel possesso *ruinae et areae*, e se trova opposizione dal proprietario, si vale di un'*actio in factum* (gg).

V. Finalmente in alcuni casi, quantunque vi fossero tutti i requisiti, non si potrà chiedere la *cautio damni infecti*; così:

1) Quando colui che è minacciato ha un altro mezzo, non potrà chiedere la *cautio*; la ragione è che la *cautio* è un mezzo sussidiario per concedere un'azione, ora quando questa è generata altrimenti, la *cautio* non ha più ragione di essere (hh).

2) Quando colui che la domanda la negò altra volta circa lo stesso obbietto, e perciò la proprietà passò ad altri.

3) Finalmente anche colui non può chiedere la cauzione, che vi ha colpa, come p. e. colui il quale per timore abbandona il luogo, poteva impedire qualunque opera; colui che costruiva con la certezza che potrebbe essere danneggiato ecc. (ii).

(ee) L. 7. §. 2. L. 9. h. t. *Ulp.* Unde quaeritur, si, antequam caveretur, aedes deciderunt, neque dominus rudera velit egerere, eaque derelinquat, an sit aliqua adversus eum actio. Et Iulianus consultus, si, priusquam damni infecti stipulatio interponeretur, aedes vitiosae corruissent, quid facere deberet is, in cuius aedes rudera decidissent, ut damnum sarciretur, respondit, si dominus aedium, quae ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est et quae inutilia essent, auferret, nec solum de futuro, sed et de praeterito damno cavere eum debere; quodsi dominus aedium, quae deciderunt, nihil facit, interdictum reddendum ei, in cuius aedes rudera decidissent; per quod vicinus compelletur aut tollere, aut totas aedes pro derelicto habere.

(ff) L. 15. §. 28. h. t. *Ulp.* Eleganter quaeritur, si, dum Praetor de danda stipulatione deliberat, damnum contigerit, an sarciri possit. Et missio quidem cessabit, Praetor tamen decernere debet, quidquid damni contigerit, ut de eo quoque caveatur, aut, si putat, quod utiliter actionem daturus sit decernat.

(gg) L. 15. §. 34. L. 44. pr. h. t. — ved. not. (dd).

(hh) L. 32. h. t.

(ii) L. 13. §. 11. *Ulp.* Si quis, quia sibi non cavebatur, in possessionem aedium missus fuerit, deinde is, cuius aedes fuerunt, quum praeterea alias aedes haberet, desideret ab eo, qui in possessionem missus est, ut sibi damni infecti harum aedium nomine, quarum in possessio-

§. 399.

C. Deiezione ed illecita ritenzione del possesso; degl'intercetti de vi e de precario in ispecie.

I. A colui al quale con violenza o reale o temuta è tolto il possesso di una cosa immobile il diritto romano concede un' azione per ricuperarne il possesso detta *interdictum de vi.* Le condizioni di questo interdetto sono le seguenti;

1) La *deiectio* dev'essere avvenuta con violenza per mezzo di una *vis atrox;* non monta che questa non fosse stata esercitata, è sufficiente che fusse stata minacciata (a). Se si oppone resistenza e si respinge con la forza, si reputerà il possessore non aver mai perduto il possesso (b). Senonchè quando si occupa un fondo altrui, sebbene senza violenza, si può essere convenuto con questo interdetto (c).

2) L' interdetto spetta a chiunque ha il possesso dell'immobile e suoi eredi, contro colui che toglie con violenza il possesso egli stesso o per mezzo di altri, ed in quest' ultimo caso l' attore ha diritto di rivolgersi o contro l'uno o contro l'altro indipendentemente se uno dei due è o no in possesso (d). È indifferente se il possesso dell' espulso fosse legittimo, anzi l'interdetto secondo l'ultimo diritto ha luogo anche quando l' espulso verso l'avversario possedesse *vi, clam, precario* (e).

nem missus est, caveret, an sit audiendus, videamus. Et Iulianus scribit: is, qui vitiosis aedibus cesserit, si integras retinuerit, numquid improbe ab eo, qui vitiosas aedes coepit possidere, cautionem exigit, quum ideo possessionem amiserit, quia ipse damni infecti satis non dederat? Et sane parum probe postulat ab eo caveri sibi earum aedium nomine, quarum ipse cavere supersedit; quae sententia vera est.

(a) L. 1. §. 3. 29. de vi. (43. 16.). *Ulp.* Idem Labeo ait, eum, qui metu turbae perterritus fugerit, videri deiectum; sed Pomponius ait, vim sine corporali vi locum non habere; ego, etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possidere licet. — L. 3. §. 1. quod met. caus. (4. 2.).

(b) L. 3. §. 9. L. 17. de vi. (43. 16.). *Ulp.* Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere; sed hoc confestim, non ex intervallo, dummodo sciamus, non solum resistere permissum, ne deiiciatur, sed etsi deiectus quis fuerit, eundem deiicere non ex intervallo, sed ex continenti.

(c) L. un. C. unde vi (8. 4.).

(d) L. 1. §. 11-18. L. 15-12.

(e) §. 6. Inst. de interd. (4. 15.). — Recuperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi deiectus fuerit: nam ei proponitur interdictum *unde vi*, per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi deiecit, vi vel clam vel precario possidebat. Sed ex constitutionibus sacris, ut supra diximus, si quis rem per vim occupaverit, si quidem in bonis eius est, dominio eius privatur, si aliena, post eius restitutionem etiam aestimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim deiecerit, tenetur lege Iulia de vi privata aut de vi publica; sed de vi privata, si sine armis vim fecerit; sin autem cum armis eum de possessione expulerit, de vi publica. Armorum

Contro gli eredi è dato un'*actio in factum* per ciò che pervenne nelle loro mani (f).

3) È scopo dell'azione non solo di ristabilire l'antico possesso al *deiectus*, ma ancora di rifargli pienamente i danni pel risarcimento anche delle cose perite in seguito alla *deiectio* (g), non che la restituzione di tutti i frutti. Il *deiiciens* sarà tenuto anche per caso fortuito (h).

4) L'*interdictum de vi* dura un anno utile, dopo che si concede al *vi deiectus* un' azione per ricuperare quanto trovasi nelle mani di colui che operò la violenza e dei suoi successori (i).

II. Quando qualcuno condiscendendo alle preghiere di un altro, gli concede una cosa *quae usu non consumitur* per tempo indefinito, sicchè si ha diritto a ripeterla sempre quando piace, e dall'altra parte l'obbligo di restituirla a qualunque richiesta, si ha il precario; il quale non genera obbligazione di sorta, e si ritiene come se la cosa fosse per caso venuta nelle mani del *precarium accipiens*; nel che si distingue massimamente il precario dal comodato (k). Ma colui che ha una cosa in precario ne riceve non solo la detenzione, ma ancora un possesso derivato, e può servirsi degl'*interdicta retinendae possessionis* (§. 150).

Dalla natura del precario segue che il *precarium accipiens* non è obbligato che per dolo e colpa lata, almeno fino a che non è mosso contro lui l'*interdictum de precario*, poichè allora risponderà per ogni causa (l).

Colui che ha una cosa altrui in precario deve esser lesto di restituirla a qualunque richiesta, anche quando vi fosse un patto aggiunto in contrario (m). S'egli *(precarium rogans)* non la restituisce, gli è contro l' *inter-*

autem appellatione non solum scuta et gladios et galeas significari intelligimus, sed et fustes et lapides.

(f) L. 1. §. nlt. L. 2. 3. pr. 9. pr. h. t. *Ulp.* Ex causa huius interdicti in heredem, et bonorum possessorum, ceterosque successores in factum actio competit in id, quod ad eos pervenit.

(g) L. 1. §. 31-41. L. 6. 9. §. 1. L. 10. 15. h. t.

(h) L. 1. §. 34. 35. h. t.

(i) L. 1. pr. §. 39. h. t. L. 4. de interd. (43. 1.).

(k) L. 1. 2. §. 3. L. 4. §. 2. de precar. (43. 26.). *Ulp.* Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is, qui concessit, patitur. Quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit. Et distat a donatione eo, quod, qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, quum sibi libuerit precarium solvere. Et est simile commodato, nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat.

(l) L. 8. §. 3. 6. h. t. *Ulp.* Et generaliter erit dicendum, in restitutionem venire dolum et culpam latam duntaxat, cetera non venire. Plane post interdictum editum oportebit et dolum, et culpam, et omnem causam venire; nam ubi moram quis fecit precario, omnem causam debebit constituere.

(m) L. 12. pr. eod. *Cels.* Quum precario aliquid datur, si convenit, ut in kalendas Iulias precario possideat, numquid exceptione adiuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat.

dictum recuperandae possessionis, conosciuto col nome d'*interdictum de precario*.

Questo interdetto spetta a chi diè la cosa in precario e ai suoi eredi contro il *precarium rogans* e suoi eredi (n).

È scopo dell'azione non solo il ricupero del possesso, ma ancora la rifazione di ogni danno cagionato per dolo e colpa lata (o).

L'interdetto dura 30 anni e la prescrizione incomincia a decorrere dal momento che fu data la cosa in precario (p).

Per lungo tempo fu questa la sola azione, più tardi svolgendosi sempre più il concetto dell'*actio prescriptis verbis*, fu aggiunta una simile azione alternativamente all'interdetto *de precario* (q).

§. 400.

D. Della violenza (actio quod metus causa).

T. D. quod metus causa gestum erit (4.2.);—C. de his, quae de metusve causa *gesta sunt* (2. 20).

1) Se contro qualcuno si commisero atti violenti o minaccevoli (§.42), nasce per diritto romano l'*actio quod metus causa*, intorno alla quale sono da osservarsi le seguenti regole:

L'azione spetta a colui che soffrì danno a cagione della violenza (a), contro chiunque da questo fatto trasse lucro; però essa è in *rem scriptam* contro *quemcumque possidentem* (b). Se molti sono convenuti per mezzo di questa azione, tutti sono tenuti solidamente, di maniera che adempiuta la prestazione da uno vengono liberati gli altri (c).

2) È scopo dell'azione il ristabilire lo stato primiero; così se qualcuno fu costretto da timore a vendere una cosa, potrà dal possessore di buona fede conseguire quel che si trova nelle mani di costui al momento che viene esercitata l'azione; se al contrario l'azione medesima è diretta contro colui che usò la violenza, ovvero contro il possessore di mala fede,

(n) L. 8. §. ult. h. t. L. 2. C. h. t. (8. 9.). — pare che questo sia stato controverso, confr. L. 12. §. 1. eod. L. ss. de div. temp. praescript. (44. 3.).

(o) L. 8. §. 4-6. h. t.

(p) L. 8. §. 7. eod. *Ulp.* Interdictum hoc et post annum competere Labeo scribit, eoque iure utimur; quum enim nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere, interdictum locum non habere post annum.

(q) L. 2. §. 2. eod.

(a) L. 12. §. 2. L. 14. pr. h. t.

(b) L. 9. §. 1. 8. L. 10. pr. L. 14. §. 3. L. 18. eod.

(c) L. 14. §. 15. L. 16. pr. h. t.

si potrà domandare la restituzione delle cose con tutti i frutti percetti e da percepirsi; il convenuto sarà obbligato pel caso fortuito, salvo che non provi che lo stesso sarebbe succeduto se l'oggetto fosse rimasto in potestà del venditore (d).

3) Quest' azione è arbitraria, ossia è posto all' arbitrio del convenuto di restituire la cosa; se egli si rende contumace in *restituendo*, segue la condanna per il quadruplo (e).

4) L' azione *quod metus causa* dura un anno con questo carattere, dopo l'anno è diretta al semplice indennizzo, ma è concessa quando manca ogni altro mezzo giuridico (f).

E. Del dolo.

§. 401.

1) Dell'actio doli in generale.

T. D. de dolo malo (4.3.). — C. h. t. (2.31.)

Quando qualcuno per frode o anche semplicemente di mala fede apporta un danno al patrimonio altrui, nasce per colui che soffrì un tale danno l'*actio doli* (a).

1) L' *actio doli* è un azione famosa, onde non veniva concessa se il danno non era significante e che non importava almeno due aurei (b); essa è sussidiaria, cioè non è concessa se il danneggiato ha da sperimentare qualche altro mezzo giuridico (c), solamente in alcuni casi essa concorre elettivamente con l'*actio quod metus causa* e l'*actio praescriptis verbis* (d).

2) L' attore è colui che ha sofferto il danno; chi commise il dolo, ovvero è in mala fede, è il convenuto, i suoi eredi non possono essere tenuti se non in *quantum ad eos pervenerit* (e); in egual modo sarà obbligato il mandante pel dolo del mandatario (f), ed essendo un'azione famosa non

(d) L. 9. §. 7. L. 10. §. 1. L. 12. pr. L. 14. §. 5. 11. h. t.—L. 38. §. 6. de usur. (22. 1.).— confr. L. 18. pr. de dol. mal. (4. 3.).

(e) L. 14. §. 1. 3. 4. 7. 9. 14. L. 21. §. 2. h. t.

(f) L. 14. §. 1. 2. h. t.

(a) L. 1. pr. §. 3. L. 7. §. 10. L. 19-24. L. 34. 35. h. l.—L. 16. §. 1. de praescr. verb. (19. 5.).

(b) L. 9. §. 5. L. 10. 11. pr. h. t.

(c) L. 1. §. 1. 7-8. L. 2-7. L. 25. h. t.

(d) L. 14. §. 13. quod. met. caus. (4. 2.). — L. 15. 16. praescr. verb. (19. 5.).

(e) L. 17. §. 1. L. 26. 27. h. l.

(f) L. 15. §. 1. 2. 4. h. t.

può essere esercitata dal figlio contro il padre, dal liberto contro il patrono, invece sarà fondata un' *actio in factum* per il risarcimento del danno (g).

3) L'*actio doli* ha per effetto il pieno risarcimento del danno, ma dev' essere intentata in un biennio, dopo questo tempo sarà diretta in ciò che il convenuto vi ha guadagnato (h).

4) La *exceptio doli* ha la specialità, ch'essa è nel medesimo tempo *in rem* e *in personam; attiva* è *in rem*, in quanto che, essendo fondata sul dolo dell'attore, può essere opposta da chiunque è convenuto in giudizio da un simile attore; mentre *passiva* è *in personam*, non potendosi opporre se non contro colui che si rese colpevole di dolo (i), salvo che quando vi è una successione *lucrativa causa*, la *exceptio* può essere opposta anche al successore singolare (k). In certe circostanze la eccezione medesima fondata contro il procuratore può essere opposta anche contro il principale (l).

Contro una *exceptio doli* non si ammette una *replicatio doli* (m).

§. 402.

2) Della Calunnia.

T. D. de calumniatoribus. (3. 6.).

Se qualcuno prende danaro per condurre contro l'altro un ingiusto processo e versarlo nella lite, *(ut negotium faceret calumniae causa)*, ovvero viceversa prende danaro per astenersi da un tale illecito proposito *(ne calumniae causa negotium faceret)*, il minacciato avrà un'*actio in factum* per il quadruplo di quello che il calunniatore ricevette, quando è intentata nell'anno, dopo l'anno per il semplice, e contro i suoi eredi per *quantum ad eos pervenit* (a). Nel secondo caso colui che dava, quando la

(g) L. 11. §. 1. h. t.
(h) L. ult. C. h. t. L. 28. 29. h. t.
(i) L. 2. §. 1. 2. L. 4. §. 33. de dol. excep. (44. 4.).
(k) L. 4. §. 27-31. eod.
(l) L. 4. §. 17. 23-25. h. t.
(m) L. 4. §. 13. eod. L. 154. de R. I. (50. 17.).
(a) L. 1. pr. L. 5. pr. h. t. *Ulp.* In eum, qui ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse dicetur, intra annum in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse dicetur, post annum simpli in factum actio competit. *Ulp.* In heredem autem competit in id, quod ad eum pervenit. Nam est constitutum turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimine extinguantur; utpote ob falsum, vel iudici ob gratiosam sententiam datum et heredi extorquebitur, et si quid scelere quaesitum.

turpitudine non è a lui imputata, ha la *condictio ob turpem causam*, e se egli è lo stesso contro del quale si aveva quel proposito, la *condictio furtiva* concorre cumulativamente con l'*actio in factum* tra l'anno, dopo l'anno essendovi la *condictio*, è inutile l'*actio in factum* (b).

§. 403.

3) Violazione di alcuni doveri.

Sotto questo concetto sono da considerarsi i seguenti casi:

1) Quando fraudolosamente qualcuno vieta ad un altro di comparire in un determinato tempo in giudizio, è obbligato a prestare gl'interessi a chi ne soffrì danno (a).

2) Similmente sarà obbligato colui che si oppone ad una messa in possesso (b).

3) Quando qualcuno aliena qualche cosa allo scopo di rendere più difficile o diminuire per altri l'esercizio del proprio diritto, potrà da quest'ultimo esser convenuto al pieno risarcimento degl'interessi con un'*actio in factum* (c); se l'alienazione fu fatta dall'attore, il convenuto avrà una eccezione (d). Quest'azione suppone una alienazione fatta allo scopo di mutare il giudizio; perciò non è ammessa quando l'alienazione è nulla (e); ovvero quando colui che ha il diritto di far valere le sue ragioni in giudizio non vi è impedito, come quando l'attore potrà sempre convenire chi alienava l'oggetto, o quando questi prende su di sè il processo (f).

(b) L. 3. §. 3. L. 5. §. 1. L. 7. pr. h. t. *Ulp.* Sed etiam praeter hanc actionem condictio competit, si sola turpitudo accipientis versetur; nam si et dantis, melior causa erit possidentis. Quare si fuerit condictum, utrum tollitur haec actio, an vero in triplum danda sit? An exemplo furis et in quadruplum actionem damus et condictionem? Sed puto sufficere alterutram actionem. Ubi autem condictio competit, ibi non est necesse post annum dare in factum actionem.

(a) T. D. de eo per quem factum erit (2. 10.). — confr. tit. ne quis eum (2. 7.).

(b) T. D. ne vis fiat et qui in poss. (43. 4.).

(c) T. D. de alien. iud. mut. causa (4. 7.). — C. h. t. (2. 55.).

(d) L. 11. 12. h. t.

(e) L. 3. §. 2-4. L. 4. §. 2. 3. L. 8. §. 1. 2. h. t. *Ulp.* Pedius libro nono non solum ad dominii translationem hoc Edictum pertinere ait, verum ad possessionis quoque; alioquin, eum quo in rem agebatur, inquit, si possessione cessit, non tenebitur.

(f) L. 3. §. 5. h. t. *Gai.* Quid ergo est, si is, adversus quem talis actio competit, paratus sit utile iudicium pati, perinde ac si possideret? Recte dicitur, denegandam esse adversus eum ex hoc Edicto actionem. — confr. L. un. C. h. t.

§. 404.

4) Dell' actio servi corrupti.

Quest' azione è concessa al padrone contro colui il quale fomentando le cattive inclinazioni di uno schiavo, o consigliandolo a fatti illeciti, lo corrompe; utilmente è data al padre per la corruzione del proprio figliuolo, l'azione è diretta ad una somma *arbitraria* (a).

§. 405.

5) Dell'alienazione fatta in frode de' creditori.

T. D. quae in fraudem creditorum factae sunt (42. 8.).—C. de revocandis his, quae in fraudem creditorum alienatae sunt (7. 75.).

Se il debitore per defraudare i creditori imprende un' alienazione prima o dopo il concorso dei creditori, è fondata dal dritto in favore di questi ultimi l'*actio Pauliana* per la rescissione di tutta l'alienazione. Intorno a questa azione fa mestieri osservare le seguenti regole:

1) Bisogna che il debitore avesse per mezzo di un atto diminuito il suo patrimonio, sia aumentando il passivo, sia diminuendo l'attivo (a), come se avesse alienata qualche cosa gratuitamente, o costituiti diritti *in re aliena*, o se espressamente o tacitamente avesse rinunciato ad un diritto (b). All' incontro se il debitore avesse rinunciato ad un semplice guadagno, questo fatto non potrà fondare l'*actio Pauliana* (c), come non si avrà ragione ad esercitare quest' azione quando si è soddisfatto un creditore (d); però,

(a) L. 5. §. 2. 4. L. 9. §. 2. de serv. corr. (11. 3.). *Ulp.* Haec actio refertur ad tempus servi corrupti, vel recepti, non ad praesens; et ideo et si decesserit, vel alienatus sit, vel manumissus, nihilo minus locum habebit actio; nec extinguitur manumissione semel nata actio.— confr. L. 5. §. 3. L. 13. 14. §. 2. 3. cod.

(a) L. 5. pr. h. t.

(b) L. 3. §. 1. L. 10. §. 13. L. 22. h. t. *Ulp. Gesta fraudationis causa* accipere debemus non solum ea, quae contrahens gesserit aliquis, verum etiam si forte data opera ad iudicium non adfuit, vel litem mori patiatur, vel a debitore non petit, ut tempore liberetur, vel usumfructum vel servitutem amittit.

(c) L. 6. pr. §. 1-4. L. 19. 20. h. t. *Ulp.* Quod autem, quum possit aliquid quaerere, non id agit, ut acquirat, ad hoc Edictum non pertinet; pertinet enim Edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur.

(d) L. 6. §. 6-7. h. t. L. 129. de R. I. *Ulp.* Apud Labeonem scriptum est, eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere, hoc est eum, qui quod sibi debetur, receperat; eum enim Praeses invitum solvere cogat, impune non solvere, iniquum esse; totum enim hoc Edictum ad contractus pertinere, in quibus se Praetor non interponit, utputa pignora venditionesque.

quando si è pagato prima che scorresse il termine, i creditori possono con l'*actio Pauliana* pretendere solamente il dippiù che si è domandato, ossia solamente l'*interusurium* o il *commodum repraesentationis*, e non il pagamento della obbligazione; la ragione è che il creditore anche prima della scadenza essendo pagato sempre in forza di un suo dritto non è concepibile da parte sua una mala fede, perciò manca sempre un requisito per l'*actio Pauliana;* la mala fede si potrà accettare solamente se in realtà riceve di più di quello che dovrebbe, e quindi l'azione è fondata solo per l'*interusurium* (e).

Un tale pagamento non cade nella sfera dell'azione Pauliana, neppure quando fu fatto in forza di una obbligazione naturale.

Tutto ciò quando il pagamento avviene prima che si apra il concorso, che se al contrario esso avvenne dopo, potrà dagli altri creditori essere rivocato per mezzo della nostra azione (f).

2) Il debitore nell'alienazione deve avere l'*animus* o *consilium fraudandi*, il quale è sempre presunto se il debitore ha donato tutto il suo patrimonio (g).

3) È mestieri che l'acquirente sia egli stesso in mala fede; se la cosa dell'alienazione fu lucrativa, non si ha riguardo sulla buona o mala fede dello acquirente (h). Una eccezione a questo riguardo è riconosciuta per il fisco al quale compete sempre l'*actio Pauliana* indipendentemente dal dolo sia del tradente sia dell'acquirente.

4) Finalmente bisogna che l'alienazione produca realmente danno ai creditori *(eventum damni)* (i).

(e) L. ult. quib. ex caus. in poss. (42. 4.). — confr. L. 6. §. 6. in fin. L. 10. §. 12. 13. L. 22. h. t.—Ved. *Vengerow*, §. 698. pag. 653. — *Puchta*, recit. II. al §. 380. — *Arndts*, §. 228. ved. anc. in contr.—*Franke*, arch. di prat. civ. VI. pag. 266.

(f) L. 6. §. 7. L. 10. §. 16. h. t. — Si debitorem meum et complurium creditorum consecutus essem fugientem, secum ferentem pecuniam, et abstulissem ei id, quod mihi debeatur, placet Iuliani sententia dicentis, multum interesse, antequam in possessionem bonorum eius creditores mittantur, hoc factum sit, an postea; si ante, cessare in factum actionem, si postea, huic locum fore.

(g) L. 1. pr. L. 10. pr. L. 17. §. 1. h. t. *Iulian.* Lucius Titius, quum haberet creditores, libertis suis, iisdemque filiis naturalibus universas res suas tradidit; respondit: quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit, et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse; ideoque et si filii eius ignoraverunt, hanc mentem patris.

(h) L. 1. pr. L. 6. §. 8. 11 L. 10. pr. §. 5. L. 17. §. 1. h. t. *Ulp.* Simili modo dicimus, et si cui donatum est, non esse quaerendum an sciente eo, cui donatum, gestum sit, sed hoc tantum, an fraudentur creditores; nec videtur iniuria affici is, qui ignoravit, quum lucrum extorqueatur, non damnum infligatur. In hos tamen, qui ignorantes ab eo, qui solvendo non sit, liberalitatem acceperunt, hactenus actio erit danda, quatenus locupletiores facti sunt, ultra non. — L. 25. C. h. t.

(i) L. 10. §. 1. L. 15. 16. h. t. *Iulian.* Si quis, quum haberet Titium creditorem, et sciret, se

L'azione compete ai creditori e loro eredi (k), contro chi riceveva l'oggetto dell'alienazione, e contro gli eredi solamente in ciò che ad essi pervenne (l), in *subsidium* può essere diretta anche contro il debitore (m).

5) Diretta l'azione contro chi in mala fede riceveva l'oggetto dell'alienazione, ha per scopo di far ristabilire lo stato anteriore all'alienazione con tutti i corrispondenti interessi, quando si rilasciò un debito con interessi convenuti o quando si potevano avere interessi anche non convenuti; similmente saranno restituiti i frutti *percepti* e *percipiendi*, ovvero, se la cosa più non esiste, l'*id quod interest* (n).

Se al contrario fu l'azione diretta contra il possessore in buona fede, questi sarà obbligato a restituire quello che attualmente è nelle sue mani con i soli frutti pendenti e i percepiti della contestazione della lite, se la cosa fu alienata ad un terzo, si restituirà quello di cui il patrimonio del ricevente in buona fede fu arricchito (o).

6) Il convenuto ha il *ius retentionis* per le spese necessarie, e quelle fatte per volontà dei creditori, il possessore in mala fede potrà pretendere il rimborso, quando tutto quello che pagava nell'atto dell'acquisto trovasi nel patrimonio del debitore (p).

soivendo non esse, iibertates dedcrit testamento, deiude dimisso Titio postea Sempronium creditorem habere coeperit, et eodcm testamento manente decesserit, iibertates datae ratae csse debent, etsi hereditas soivendo non ait, quia, libertates ut resciudsntur, utrumque in eorundem persons exigimus, et consiiium, et eventum; et si quidem creditor, cuius frsudandi cousiiium initum erst, nou frandatur, adversus enm, qui frandatur, consilium iuitum non est; iibertates itaque ratae sunt, nisi priores pecunis posteriorem dimissi probentur.

(k) §. 6. Inst. de act. (4. 6.). — L. 10. §. 25. b. t. *Ulp.* Haec sctio beredi ceterisque successoribus competit; sed et iu heredes simiiesque personss. — L. 4. C. h. t.

(l) L. 9. 10. §. 25. L. 11. h. t. *Venul.* Cassius sctioucm introduxit in id, quod sd heredcm pervenit.

(m) L. nlt. §. ult. h. t. *Venul.* Hsec actio etiam iu ipsnm frandatorem dstur, iicet Mels non putabat, iu frandatorem eam dsudam, quia nuiia actio in enm ex antc gesto post bouorum venditionem daretur, et iniqnnm esset, sctionem dari iu eum, cui bona ablata essent. Si vere qusedsm disperdidisset, si nulla restitutione recuperari posseut, uibiiominus actio in eum dsbitur; et Praetor non tantum emoiumentum actionis intueri videtur iu eo, qui exutus est bonis, qusm poenam. — L. ult. C. h. t.

(n) L. 10. §. 20. 22. 23. b. t. — Ved. not. (p). *Ulp.* Praeteres generaiiter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere iu pristinum atatum, sive res fuerunt, sive obiigationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset; propter quod etiam medii temporis commodum, quod qnis consequeretur iibcrstione non facta, praestandum erit, dum usurae nou praestentur, si in stipulatum deductae non fnernnt, aut si taiis contractus fnit, iu quo usuraa deberi potuerunt etiam non deductae.

(o) L. 6. §. 11. b. t.

(p) L. 7. 8. 10. §. 20. h. t. *Ulp.* Et fructus non tantnm, qui percepti sunt, verum etism hi, qui percipi potuerunt a fraudstore, veniunt; sed cnm aiiquo modo, sciiicet ut sumtus fscti deducsntur; nam arbitrio iudicis non prius cogendus est rem restituere, qnam si impensas necessarias consequstur; idemque erit probandnm, et si quos aiios snmtus ex voluntate fideiussorum creditorumqne fecerit. Partnm quoque in hanc actionem venire, puto verius esse.

7) L'*actio Pauliana* suppone sempre la validità della alienazione.

8) L'azione dura un anno utile (q).

Oltre a questa azione era concesso l'*interdictum fraudatorium* (r), sul quale mancano perfettamente i dati per definirlo e distinguerne i caratteri, è probabile che dovette distinguersi dall'*actio Pauliana* come generalmente un interdetto si distingue dalle azioni.

§. 406.

F. Violazione per via di ufficio.

1) Quel giudice il quale o per malvolenza o per colpa pronunzia una sentenza ingiusta *(litem suam facit)* può essere dal danneggiato convenuto con un'*actio in factum:* n'è fondamento un quasi delitto, non potendo il suo procedere, come qualunque rappresentante del potere, essere considerato quel delitto (a). Se il giudice è in dolo, deve prestare tutto il prezzo di stima dell'oggetto in controversia, se in colpa è condannato ad una pena pecuniaria da destinarsi dal magistrato superiore (b).

2) L'agrimensore era presso de'Romani un ufficio gratuito, essendo una delle opere liberali, si considerava come *locari non solitae,* ritenendosi come donata, quantunque si fosse pattuito un compenso, per ciò non poteva essere responsabile se non di dolo e colpa lata (c).

Se egli avesse misurato male e prodotto così un danno, non vi sarà azione contrattuale da esercitare in questo caso, ma il Pretore dà in simile circostanza un'*actio in factum* diretta contro l'agrimensore per il risarcimento de' danni ed interessi, ammesso che l'attore non avesse altri

(q) L. 6. §. 14. L. 10. §. 18. b. t. La opinione che nel diritto posteriore quest'azione duri quattro anni ha per fondamento la confusione che si è fatta tra quest'azione e la *in integrum restitutio ex capite doli* riconosciuta in questo caso.

(r) L. 10. pr. b. t.— confr. L. 67. §. 1. ad SC. Trebell. (36. 1.).—L. 96. pr. de nov. (46.2.). — L. 96. pr. de solut. (46. 3.).

(a) Pr. §. 3. Inst. de obl. quae quas. ex del. (4. 5.).— L. 5. §. 4. de O. et A. (44. 7.). *Gai.* Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur; sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri. — L. 15. §. 1. de iud. (5. 1.). — L. 6. de extr. cognit. (50. 13.).

(b) L. 15. §. 1. de iud. (5. 1.). — L. 6. de extr. cognit. cit.

(c) L. 1. pr. si mens. fals. mod. (11. 6.). *Ulp.* Adversus mensorem agrorum Praetor in factum actionem proposuit, a quo falli nos non oportet; nam interest nostra, ne fallamur in modi renuntiatione, si forte vel de finibus contentio sit, vel emtor scire velit, vel venditor, cuiusmodi ager veneat. Ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi, et id, quod datur, ei ad remunerandum dari, et inde honorarium appellari; si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit, nec tenere intentionem.

mezzi giuridici da disporre (d). Molti agrimensori saranno obbligati *in solidum* in modo che, soddisfatto l'attore da uno di essi, si estingue l'azione per gli altri (e).

L'azione non si trasmette agli eredi se non in quanto si arricchirono (f).

§. 407.

G. Della ingiuria.

T. Instit. de iniuriis (4. 4.);—D. h. t. (47. 10.);—C. h. t. (9. 35.).—*Walter*, sull'onore o sulla ingiuria per dritto romano Arch. crim. IV. pag. 108.

Ingiuria nel senso lato è qualunque offesa diretta alla personalità (a); per la qual cosa ogni violazione di dritto in questo significato può prendere il carattere di una ingiuria, e genera un'*actio iniuriarum ex generali edicto* (b).

Ingiuria nel senso stretto è una lesione che si fà volontariamente all'onore e alla stima dovuta ad ognuno (c).

Le ingiurie sono reali date per via di fatto, verbali se con parole o in iscritto, immediate se riguardano direttamente la persona offesa, mediate, quando l'offesa è fatta ad una persona con la quale un altro è in intimo rapporto: così chi offende la moglie, un figlio di famiglia, uno schiavo, nel medesimo tempo offende il marito, il padre, il padrone, purchè

(d) L. 1. pr. L. 3. §. 2. 3. L. 5. §. 1. eod. *Ulp.* Si, quum falsus modus renuntiatus esset, emtor cum venditore ex emto egisset, agere poterit etiam cum mensore; sed si nihil eius interest, condemnari mensorem non oportet. Quodsi non de toto modo, qui deerat, cum venditore egerit, sed de minore, consequenter scribit Pomponius, de residuo cum mensore agi posse.

(e) L. 3. pr. eod.

(f) L. 3. §. 5. eod. *Ulp.* Haec actio heredi similibusque personis dandam Pomponius scribit, sed in heredem similesque personas denegandam ait.

(a) L. 1. pr. L. 3. §. 2. L. 44. h. t. *Ulp.* Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat; omne enim quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter; specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus. Interdum iniquitatem iniuriam dicemus; nam quum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam; contumeliam autem a contemnendo.

(b) L. 11. §. 9. L. 13. §. 3. 7. L. 15. pr. §. 26. 33. L. 23. 24. h. t. *Ulp.* Si quis me prohibeat in mari piscari, vel everriculum, quod Graece σαγήνη dicitur, ducere, an iniuriarum iudicio possim eum convenire? Sunt, qui putent, iniuriarum me posse agere; et ita Pomponius; et plerique, esse huic similem eum, qui in publicum lavare, vel in cavea publica sedere, vel in quo alio loco agere, sedere, conversari non patiatur, aut si quis re mea uti me non permittat; nam et hic iniuriarum conveniri potest. — L. 2. §. 9. ne quid in loc. pub. (43. 8.). — L. 21. §. 7. de furt. (47. 2.). — L. 25. de act. emt. vend. (19. 1.). — L. 1. §. 38. depos. (16. 3.).

(c) L. 26. h. t. — L. 5. C. h. t.

chi portava ingiuria conoscesse quest'intimi rapporti, in caso contrario non è ammissibile la ingiuria mediata (d).

In ogni caso è richiesto una prava intenzione, e per conseguenza gl'infanti e i mentecatti non possono essere capaci d'ingiuria (e); egualmente chi non ebbe la intenzione di apportare ingiuria, sebbene le parole fossero ingiuriose, come quando si volle scherzare, non può essere considerato reo d'ingiuria (f).

Le ingiurie sono gravi *(atroces)* e lievi; la gravità viene giudicata dal fatto secondo la persona, il tempo ed il luogo (g).

In favore dell'ingiuriato sono fondate due azioni:

1) L'*actio aestimatoria*, la quale compete all'ingiuriato, ed ha l'effetto che questi stesso valuta la ingiuria ed il giudice condanna secondo la stima dell'attore, se non che il giudice, qualora il credesse, può condannare in meno.

2) Nel caso che le ingiurie furono reali, cioè quando qualcuno fu percosso, o se vi fu violenza, la legge Cornelia stabiliva un'azione la quale era diretta ad una pena dell'offensore secondo l'equo parere del giudice (h).

In caso d'ingiuria mediata l'azione compete tanto a chi in realtà fu diretta, tanto alla persona congiunta, in modo che la rinuncia dell'uno non pregiudica il diritto dell'altro (i).

Si estinguono le azioni per ingiuria.

1) Se l'offeso non se ne risentiva immediatamente perdonava (k).

(d) L. 1. §. 1. 3. L. 5. pr. L. 15. §. 24. L. 18. §. 2. 45. h. t. *Ulp.* Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re, aut verbis; re, quoties manus infernutur, verbis autem, quoties non manus infernutur convicium fit.— L. 12. 6. Inst. b. t.

(e) L. 3. §. 1. h. t. *Ulp.* Illud relatum peraeque est, eos, qni iuinriam pati posannt, et facere posse. Sane sunt quidam, qui facere non possunt, utputa furiosus et impubes, qui doli capax non est; namque bi pati iniuriam solent, non facere; quum enim iniuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere, bos, sive pulsent, sive convicinm dicant, iuinriam fecisse non videri. — L. 3. §. 3. eod.

(f) §. 9. Inst. h. t.—L. 7. §. 7. 8. L. 8. 9. pr. §. 1. 2. b. t. *Ulp.* Atrocem antem iniuriam quasi contumeliosiorem et maiorem accipimus. Atrocem autem iuinriam aut persona, aut tempore, aut re ipsa fieri, Labeo ait. Persona atrocior iniuria fit, nt quum magistratui, quum parenti, patrono fiat; tempore, si ludis et in conspectu; nam Praetoris in conspectu, an in solitudine iniuria facta sit, multum interesse ait, quia atrocior est, quae in conspectu fiat; re atrocem iniuriam baberi, Labeo ait, utputa si vulnus illatnm, vel os alicui percussum.

(g) §. 7. Inst. b. t.

(b) §. 8. Inst. h. t. L. 37. §. 1. h. t. *Marcian.* Etiam ex lege Cornelia iniuriarum actio civiliter moveri potest, condemnatione aestimatione iudicis facienda.

(i) L. 1. §. 9. h. t. *Ulp.* Idem ait Neratius, ex una iniuria interdum tribus oriri iniuriarum actionem, neque ullius actionem per alium consumi, utputa uxori meae, filiaefamilias, iniuria facta est; et mihi, et patri eius, et ipsi iniuriarnm actio incipiet competere. — L. 30. pr. detr. pact. (2. 14.).

(k) §. 12. Inst. h. t. L. 11. §. 1. L. 17. §. 6. h. t. *Ulp.* Si ante iudicem dominus verberan

2) Con la morte dell' offensore o dell' offeso per l'*actio aestimatoria*, eccetto quando l'azione fu almeno preparata (l) (§. 86).

3) Finalmente dopo un anno dal momento dell' ingiuria eccetto l' azione *ex lege Cornelia* ch' è perpetua.

§. 408.

II. Di altre azioni per quasi delitto.

I. Se da una casa fu versata o gettata qualche cosa, di guisa che si è prodotto un danno a qualcuno, si fonda per questo fatto l'*actio de effusis, et deiectis*.

Quest' azione è diretta contro chi abita la casa indipendentemente se sia o no propietario, o se semplicemente inquilino, se ne abbia o no colpa, e finalmente se fu gettato o versato da lui o da un altro, sebbene in questo caso avesse un' azione di regresso contro il vero autore (a). Molti abitanti la medesima casa sono obbligati in *solidum*, ma quando si è soddisfatto da uno, sono liberati gli altri (b).

La persona dell' attore e lo scopo dell' azione sono diversi secondo i casi.

1) Se fu ucciso un uomo libero ha luogo un' azione popolare diretta per 50 aurei tra l'anno; se fu ferito un uomo libero, questi avrà un'azione *in factum* per una somma arbitraria, nella quale bisogna considerare le spese della malattia, e l' acquisto perduto. Quest' azione è perpetua e si trasmette attivamente agli eredi; se il danneggiato vi rinuncia, ognuno del popolo potrà intentare l'azione, ma in questo caso essa dura solamente un anno (c).

dum servum exhibuerit, ut satis verberibus ei fieret, et erit factum arbitratu alicuius, postea acto agere iniuriarum perseverat, non est audiendus, qui enim accepit satisfactionem, iniuriam suam remisit; nam et si nuda voluntate iniuriam remisit, indubitate dicendum est, extingui iniuriarum actionem non minus, quam si tempore abolita fuerit iniuria.

(l) L. 13. pr. L. 15. §. 14. eod.

(a) §. 1. Inst. de obl. quae quasi ex del. (4. 5.). — L. 1. §. 4. de his qui eff. (9. 3.). *Ulp.* Haec in factum actio in eum datur, qui inhabitat, quum quid deiiceretur vel effunderetur, non in dominum aedium; culpa enim penes eum est. Nec adiicitur culpae mentio vel infitiationis, ut in duplum detur actio, quamvis damni iniuriae utrumque exigat.—L. 5. §. 5. de O. et A. (44.7.).— L. 31. ad L. Aquil. (9. 2.).

(b) L 1. §. 10. h. t. *Ulp.* Si plures in eodem coenaculo habitent, unde deiectum est, in quemvis haec actio dabitur. — L. 2. 3. eod.

(c) L. 1. pr. L. 5. §. 5. de his, qui eff. (9. 3), *Ulp.* Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: *unde in eum locum, quo volgo iter fiet; vel in quo constiterunt, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in du-*

2) Se fu danneggiata qualche cosa, il proprietario avrà l'*actio de effusis et deiectis* per il doppio del valore (d).

II. Se si è collocata o sospesa qualche cosa sul pubblico passaggio, che cadendo può danneggiare qualcheduno, per questo solo fatto ha luogo un'azione diretta a 10 aurei da chiunque del popolo; quest'azione è appellata *actio de pericolose posito et sospenso*. Quest'azione è diretta contro colui il quale in realtà sospendeva e collocava l'oggetto nel luogo pericoloso (e).

CAPITOLO V.

DELLE OBBLIGAZIONI NASCENTI DIRETTAMENTE DALLA LEGGE.

§. 409.

I. Dei casi di obbligazioni per legge in generale.

In tutto il sistema del diritto sono sparsi casi di simili obbligazioni, a questi appartengono: l'obbligo agli alimenti, l'obbligo alla costituzione di una dote (§. 108), all'accettazione della tutela (§.138); l'obbligo a prestare cauzione; l'obbligo per la prestazione degl' interessi (§. 39); quello per la costituzione di una servitù; l'obbligo delle riparature nella servitù *oneris ferendi* (§. 180); l' obbligo alla prestazione della cauzione a causa di evizione (§. 346); l'obbligo ad essere responsabile per vizii occulti delle cose vendute (§. 345).

plum iudicium dabo. Si eo ictu homo liber periisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo; si vivet, nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur, eum, cum quo agetur, condemnari, tanti iudicium dabo. Si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiiciam: aut noxam dedere.

(d) L. 1. pr. L. 5. §. 5. cit. — Ved. not. prec.

(e) §. 1. Inst. de obl. quae quas. ex. del. (4. 5.).— L. 5. §. 5. de O. et A. (44. 7.).— L. 5. §. 6-13. de his. qui eff. (9. 3.). *Ulp.* Praetor ait: *ne quis in suggruenda protectove supra eum locum, qua volgo iter fiet, inve quo consistetur, id positum habeat, cuius casus nocere cui possit. Qui adversus ea fecerit, in eum solidorum decem in factum iudicium dabo, si servus insciente domino fecisse dicetur, aut noxae dedi iubebo.*

II. In particolare delle obbligazioni ad exhibendum.

§. 410.

1) Dell'actio ad exhibendum.

T. D. ad exibeudum (10.4.); — C. h. t. (3.42.).—*Einert*, tract. de act. ad exhibendum, Lips. 1816.

Quest'azione è di sua natura preparatoria; essa non è diretta che alla esibizione della cosa , o sia a mostrare la cosa , *praesentiam corporis facere* (a).

Il fondamento di una tale azione non è, nè un contratto o quasi contratto , nè un delitto o quasi delitto , ma una *civilis aequitas* (b) , per la quale è necessario un interesse di patrimonio (c), ossia la pretensione deve fondarsi sopra un diritto ad una cosa, il quale non può effettuarsi, se non venisse preparato per mezzo della esibizione. Se l'attore non sarà nello stato di provare , almeno sommariamente , un diritto sulla cosa , non potrà certamente servirsi dell'*actio ad exhibendum* (d) ; se vi fossero eccezioni, devono essere rimandate al processo principale in cui si tratterà definitivamente del diritto, eccetto, l'*exceptio rei iudicatae;* la *exceptio iurisiurandi;* la *exceptio pacti conventi* le quali colpiscono anche l'*actio ad exhibendum* (e).

L'azione che è preparata, o è fatta possibile da questa azione, *iudicium directum o directa actio*, è comunemente la *vindicatio*, o qualche altra azione reale (f), in certe circostanze può essere un' azione personale come

(a) L. 2. L. 9. §. 5. h. t. *Paul.* Exhibere est facere in pnbiico potestatem, ut ei, qui agat, experiundi sit copia.— coufr. L. 3. §. 8. de tahui. exhib. (43. 5.).—L. 3. §. 8. de iib. hom. exhib. (43. 29.). — L. 22. L. 246. de V. S.

(b) L. 3. §. 14. h. t. *Ulp.* Interdum aequitas exhibitiouis efficit, ut, quamvis ad exhibendum agere non possit, iu factum tameu actio detur, ut Iulianus tractat.

(c) L. 3. §. 15. L. 19. h. t.

(d) L. 3. §. 9. h. t. *Ulp.* Scieudum est autem, nou soium iis, quos diximus, competere ad exhibendum actiouem, verum ei quoque, cnins iuterest exhiberi. Iudex igitur summatim debebit cognoscere, au eius intersit, nou, au eius res sit, et sic iubere vel exhiberi, vei nou, quia nihii interest.

(e) L. 3. §. 13. h. t. *Ulp.* Ibidem subiuugit, iudicem per arbitrium sibi ex hac actioue commissum etiam exceptioues aestimare, quas possessor obiicit, et si qua tam evidens sit, ut faciie repeiiat ageutem, debere possessorem absoivi, si obscurior, vei quae habeat aitiorem quaestiouem, differeudam in directum iudicium, re exhiberi iussa; de quibusdam tamen exceptiouibus omuimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibeudum actionem iudicat, veluti pacti conveuti, doii maii, iusiurandi, rei, quae iudicata est.

(f) L. 1. 3. §. 14. L. 6. h. t. confr. L. 3. §. 3. 4. eod.

gl'interdetti e l'azione nossale (g). In generale in rapporto a questa azione fa mestieri considerare i principii seguenti.

1) Nella maggior parte de'casi la esibizione è domandata, perchè qualcuno si accertasse della qualità e indentità della cosa che si vuol seguire nel giudizio diretto, ossia a scopo d'istruzione. In questo caso la esibizione deve farsi in publico, quindi presso il giudice, come per le altre azioni dirette ad *exhibendum* come nell'*interdictum de tabulis exhibendis*. (h).

2) Quando una cosa è unita ad un'altra di un terzo, stando i principii sull'accessione, la cosa medesima finchè è unita, non si potrà vendicare; ma per mezzo dell' *actio ad exhibendum* si potrà domandare la separazione dalla cosa principale, e così togliendosi l'ostacolo alla *vindicatio*, si potrà con quest' ultima azione procedere al giudizio diffinitivo; naturalmente per ciò è richiesto che la separazione sia possibile, e non sia vietata per legge come per i *tigna iuncta* (i).

3) Finalmente quando uno per legato, ovvero anche per contratto ha il diritto di sceglière, può intendare l'*actio ad exhibendum* per esercitare il diritto di scelta (k).

4) Quantunque l'azione avesse un carattere preparatorio, pure è possibile di raggiungere per mezzo di essa lo scopo diffinitivo nei seguenti casi:

a) Quando la mia cosa trovasi sul fondo altrui il quale senza contrastare il diritto di proprietà, non mi permette di riprendere l'oggetto, facendo uso del suo *ius prohibendi*, nè vuole restituirla non essendovi obbligato, vi ha luogo ad un'*aequitas exhibitionis*; per conseguenza per mezzo dell'*actio ad exhibendum* si potrà ottenere la cosa medesima, ossia lo scopo diffinitivo; stante che gli ostacoli che si frapponevano all' esercizio del mio diritto, sono spariti per questo mezzo (l). Affinchè la *equitas exhibitionis* non fosse una ingiustizia per il proprietario del fondo, il pro-

(g) L. 3. §. 5. 11. 12. L. 12. §. 2. h. t. *Ulp.* Sed et si quis interdicturus rem exhiberi desideret, audietur.

(h) L. 2. 3. §. 7. h. t. *Ulp.* Si quis noxali iudicio experiri velit, ad exibendum ei actio est necessaria; quid enim, si dominus quidem paratus sit defendere, actor vero destinare non possit et nisi ex praesentibus, quia aut servum non recognoscit, aut nomen non tenet? nonne aequum est ei familiam exhibere, ut noxium servum agnoscat? Quod ex causa debet fieri ad designandum eum, cuius nomine noxali quis agit recensitione servorum facta. — L. 3. §. 9. de tab. exhib. (43. 5.).

(i) L. 23. §. 5. de rei vind. (6. 1.). — L. 6. 7. §. 1. 2. h. t. *Paul.* Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest. Aliter atque in tigno iuncto aedibus, de quo nec ad exhibendum agi potest, quia lex duodecim tabularum solvi vetaret; sed actione de tigno iuncto ex eadem lege in duplum agitur.

(k) L. 3. §. 6. 10. L. 12. §. 2. h. t. *Ulp.* Item, si optare velim servum vel quam aliam rem, cuius optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, ut exhibitio possim vindicare. — L. 8. §. 3. de opt. vel. et leg. (33. 5.).

(l) L. 5. §. 2-5. L. 9. §. 1. L. 15. h. t. *Ulp.* Idem Iulianus scribit, emtorem, qui ruta caesa

prietario della cosa nel riprendersi la medesima deve prestare cauzione per ogni danno *futuro et praeterito* (m).

2) Sarà fondata l'*actio ad exhibendum* quando vi sono motivi per condannare il convenuto all' *id quod interest*. Dalla natura di quest' azione quale *actio arbitraria* si ha che vi potrà essere un doppio motivo di una simile condanna, cioè o perchè il convenuto si è reso contumace *in exhibendo* al comando del giudice (n), ovvero colui il quale ha la facoltà d'esibire, ha distrutto la cosa o l'ha allontanata dal suo possesso (o). In questo caso l'azione è diretta per l'*id quod interest*, ma tale interesse dev' essere stabilito secondo l'obbietto del *iudicium directum*, o in base del giuramento in lite dell'attore (p).

§. 411.

2) Della edizione dei documenti.

T. D. de edendo (2 13.); — C. h. t.

Secondo la romana procedura il convenuto potrà pretendere che l'attore con l'*edictio actionis* desse fuori anche quegli atti per mezzo dei quali egli cerca provare il suo diritto; egualmente dal momento che si produce la eccezione, l' attore ha il diritto di aver tutti quegli atti per mezzo de'quali egli cerca provare il suo diritto (a).

In generale quando uno ha diritto speciale ad un documento, può per il medesimo sperimentare la stessa azione del diritto: così potrà affacciare la *publiciana* e la *rei vindicatio* se egli è un proprietario, ovve-

non restituit, ad exhibendum teneri, in quantum in litem iurevero; sed ibi adiicit, si emtor possideat, aut dolo fecerit, quo minus possideat. Item Celsus scribit, stercus, quod in aream meam congessisti, per ad exibendum actionem posse te consequi, ut tollas, sic tamen, ut totum tollas; ceterum alias non posse. Sed et si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius, posse eum conveniri ad exhibendum, Neratius scribit. Unde quaerit Neratius, utrum de futuro duntaxat damno, an et de praeterito domino agri cavendum sit? Et ait, etiam de praeterito caveri oportere.—L. 25. de act. emt. (19. 1.).

(m) L. 5. §. 3. h. t. — Ved. not. prec.

(n) L. 3. §. 2. L. 5. §. 2. L. 7. . 2. 6. h. t.— Ved. not. (l).— L. 3. C. h. t.

(o) L. 5. §. 2. L. 8. 9. pr. §. 1-4. L. 14. 15. h. t.— Ved. not. (l). — L. 1. §. 2. de tign. iunct. (47. 3.). — §. 2. Inst. quib. al. lic. (2. 8.). — L. 5. C. h. t.

(p) L. 9. §. 7. 8. L. 10. 11. h. t. *Ulp.* Quia tamen causa petitori in hac actione restituitur, Sabinus putavit, partum quoque restituendum, sive praegnans fuerit mulier, sive postea conceperit; quam sententiam et Pomponius probat. Praeterea utilitates, si quae amissae sunt ob hoc, quod non exhibetur, vel tardius quid exhibetur, aestimandae a iudice sunt. Et ideo Neratius ait, utilitatem actoris veniret.

(a) L. 1. §. 3. h. t. *Ulp.* Qua quisque actione agere volet, eam edere debet; nam aequissimus videtur, eum, qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat, et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione, qua conveniatur.

ro l'*actio comuni dividundo*, *familiae erciscundae* se fosse condominio, o l'azione contrattuale se si tratta di un documento di una obbligazione (b).

Il diriritto pretorio contiene due determinazioni per le edizioni di documenti, una è l'*interdictum de tabulis exhibendis*, l'altra l'obbligo dell' argentario di mostrare a chiunque la parte dei suoi libri che a quello interessa, indipendentemente se colui che chiede l' edizione ha un processo con l'argentario o no, solamente si richiede un giuramento di calunnia (c). Se il comando giudiziale non ha effetto, ha luogo contro l' argentario un' azione *in factum* per l'interesse da stimarsi al tempo del decreto giudiziale (d); l' argentario dall' altra parte potrà domandare la cognizione di causa da colui che chiede questo documento (e).

Su queste due speciali determinazioni della legge ha luogo un'*actio in factum*, specialmente quando i documenti in nostro interesse sono stati editi (f).

Secondo una legge di Giustiniano, la quale fu ricavata da Agostino e Cuiacio dalle Basiliche, e restituita nel Codice, si stabilisce che come ognuno è obbligato alla testimonianza, cosi si è obbligato alla edizione de' documenti verso qualunque interessato, se non potesse provare con giuramento che una tale esibizione non gli aumenti il danno (g).

Privilegiato in questa circostanza è il fisco; imperocchè mentre niuno può esibire documenti contro di lui, si ha da parte sua la facoltà di domandare la esibizione dei documenti dalla parte contraria, sia attore o convenuto (h).

(b) L. 3. §. 5. de tab. exhib. (43. 5.). — L. 3. §. 14. ad exhib. (10. 4.). — L. 3. de test. quemad. aper. (29. 3.). — L. 4. 6. C. ad exhib. (3. 42.). — L. 5. 8. fam. ercis. (10. 2.). — L. 9. pr. h. t. confr. L. 8. mand. (17. 1.). — L. 48. 52. de act. emt. vend. (19. 1.). — L. 46. §. 5. de adm. et per. tut. (26. 7.). — L. 1. §. 3. de tut. et rat. distr. (27. 3.).

(c) L. 4. pr. L. 6. §. 2. L. 9. 10. h. t. *Ulp*. Praetor ait: *Argentariae mensae exercitores rationem, quae ad se pertinet, edant adiecto die* et *consule*. Exigitur autem ab adversario argentarii iusiurandum, non calumniae causa postulare edi sibi; ne forte vel supervacuas rationes, vel quas habet, edi sibi postulet vexandi argentarii causa.

(d) L. 6. §. 4. L. 9. h. t. *Ulp*. Ex hoc Edicto in id, quod interfuit, actio competit.

(e) L. 6. §. 8. 9. L. 7. h. t. *Ulp*. Praetor ait: *Argentario eive, qui iterum edi postulabit causa cognita edi iubebo*. Prohibet argentario edi illa ratione, quod etiam ipse instructus esse potest instrumento suae professionis; et absurdum est, quum ipse in ea sit causa, ut edere debeat ipsum petere, ut edatur ei. An nec heredi argentarii edi ratio debeat, videndum. Et siquidem instrumentum argentariae ad eum pervenit, non debet ei edi, si minus, edenda est ex causa; nam et ipsi argentario ex causa ratio edenda est, si naufragio, vel ruina, vel incendio, vel alio simili casu rationes perdidisse probet, aut in longinquo habere, veluti trans mare.

(f) L. 3. §. 14. ad exhib. (10. 4.). — L. 4. §. 1. h. t.

(g) L. 22. C. de fide instr. (4. 21.).

(h) L. 2. §. 2. L. 45. §. 5. de iur. fisc. (49. 14.).—L. 2. §. 1. L. 3. h. t. *Mauric*. Senatus censuit, ne quisquam eorum, a quibus quid fisco petetur, alia instrumenta delatori cogatur edere, quam quae ad eam causam pertinerent, ex qua se deferre professus esset.

§. 412.

III. Obbligo alla testimonianza.

T. D. de testibus (12. 5.); — C. h. t. (4. 20.).

Ognuno è obbligato ad essere convenuto per testimonianza (a). Da questo principio vi sono le seguenti eccezioni:

1) Sono eccettuati da quest' obbligo i parenti in 6.° grado, e fino al 7.° per il *subrinus subrinorum natus* e gli affini.

2) Sono esclusi egualmente tutti coloro i quali per ufficio hanno l'obbligo del silenzio.

3) Finalmente nessuno è obbligato a prestare testimonianza, quando essa gli nuoce.

(a) L. 16. 19. C. h. t. *Iustin.* Constitntio lubet, non solnm in criminalibns iudiciis, sed etiam in pecnniariis nnumqnemqne cogi testimoninm perhibere cnm inramenti praestatione de his, quae novit, vel iurare, se nihil compertnm habere, exceptis personis, quae lege prohibentnr testimonium dicere, et illnstribns, et his, qui illnstres antecednnt, nisi sacra forma interveniat; et si quidem in regia nrbe testes habitent, eos propria voce testimonium ferre, si vero non adfneriut, mitti procuratores partium, nt deponant, quae noverint, vel delerent, quae ignorant, iisdem scilicet personis et in testimonio, qnod in actis fit, exceptis.

FINE DEL SECONDO ED ULTIMO VOLUME.

INDICE DELLE MATERIE

CONTENUTE NEL 2.° VOLUME.

PARTE III.

LIBRO IV.

DIRITTI DI SUCCESSIONE.

CAPITOLO I.

DELLA SUCCESSIONE IN GENERALE.

CAPITOLO II.

FORME DELLA SUCCESSIONE UNIVERSALE.

SEZIONE I.

Successione ab intestato.

SEZIONE II.

Successione testamentaria.

SEZIONE III.

Della successione necessaria.

CAPITOLO III.

DELL'ACQUISTO DELLA EREDITA'.

CAPITOLO IV.

DE' LEGATI FEDECOMMESSI UNIVERSALI E DELLA DONAZIONE MORTIS CAUSA.

SEZIONE I.

Dei legati a fedecommessi singolari.

SEZIONE II.

Dei fedecommessi universali.

SEZIONE III.

Delle donazioni mortis causa.

CAPITOLO V.

PARTE IV.

LIBRO V.

DIRITTO DELLE OBBLIGAZIONI.

CAPITOLO I.

CARATTERE GIURIDICO DELLE OBBLIGAZIONI.

CAPITOLO II.

ORIGINE ED ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI.

SEZIONE I.

Origine delle obbligazioni.

SEZIONE II.

Della estinzione delle obbligazioni.

CAPITOLO III.

DELLE OBBLIGAZIONI SPECIALI NASCENTI DA CONTRATTI E QUASI CONTRATTI.

CAPITOLO IV.

OBBLIGAZIONI NASCENTI DA DELITTI E QUASI DELITTI.

CAPITOLO V.

DELLE OBBLIGAZIONI NASCENTI DIRETTAMENTE DALLA LEGGE.

INDICE GENERALE DELLE MATERIE

(Il numero romano indica il volume, l'arabico il paragrafo, l'arabico corsivo la pagina).

A.

B.

L

M

N

Q

R

S

T

U

FINE.